

RECHTSBESCHERMING BIJ ONDERNEMINGEN IN MOEILIKHEDEN

Proefschrift
aangeboden tot het behalen van
de wettelijke graad van
doctor in de rechten
aan de Katholieke Universiteit te Leuven
Faculteit Rechtsgeleerdheid

door
Jacques STEENBERGEN
licentiaat in de rechten
assistent afdeling economisch recht, K.U.Leuven

Bij het afsluiten van deze verhandeling ben ik aan velen dank verschuldigd. Zonder de altijd weer bereidwillige medewerking van leden van de magistratuur en de balie, van ambtenaren en adviseurs van diverse organisaties in binnen- of buitenland, was het onmogelijk geweest om voeling te houden met de ontwikkelingen in de sectoren waarover in deze verhandeling wordt gehandeld. Daarbij was het ook altijd een stimulans te mogen rekenen op de vrijmoedigheid en bereidwilligheid waarmee de medewerkers van verschillende universiteiten overhun onderzoek van gedachten wisselen, en die het treffendst werden uitgedrukt door de gastvrijheid van het Sidney Sussex College (Cambridge) en de medewerkers en leden van de rechtsfaculteit van de University of Cambridge.

Maar mijn dank gaat vooral uit naar de Leuvense Universiteit en haar rechtsfaculteit. In talloze gesprekken en door hun voortdurende hulpvaardigheid creëerden de medewerkers van deze faculteit de voedingsbodem waarop de hier verdedigde gedachten konden worden ontwikkeld. Ik beschouw het als een bijzonder privilege dat ik mocht vaststellen hoe medewerkers van de verschillende afdelingen werkelijk een team kunnen vormen ter ondersteuning van ieders onderzoek. Ook al is deze lijst noodzakelijkerwijze onvolledig, wil ik om hun specifieke bijdragen hier vermelden: uit het centrum voor grondslagenonderzoek van het recht, professor J.M. Broekman en de heer R. Fogu   wiens medewerking vooral voor de eerste paragraaf onontbeerlijk was; uit de afdeling arbeids- en sociaal zekerheidsrecht, de heer O. Vanachter; uit de afdeling burgerlijk recht, de heer J. Kokelenberg; uit de afdeling publiek recht, mevrouw S. Swartenbrouckx en de heren A. Alen, M. Boes en L. Neels; uit de afdeling strafrecht, strafvordering en criminologie, de heren L. Dupont en F. Hutsebaut; en uit de afdeling economisch recht waarvan ik lid mocht zijn, professor J. Ronse, professor R. Vandeputte en juffrouw A.M. Colaert. Mijn heel bijzondere

dank gaat daarbij uit naar de heren J. Stuyck en Ph. Vanavermaete (nu docent U.I.A.) met wie ik een lokaal deelde, en die samen met juffrouw C. Van Volsem de equipe van professor W. van Gerven vormden. De inspirerende en vriendschappelijke sfeer waarvoor zij zorgden, en de mogelijkheid om dagelijks ieders opvattingen over de uiteenlopende onderwerpen waarop gewerkt is, met elkaar te confronteren, waren een onvervangbare ervaring en steun bij het schrijven van deze verhandeling, die nooit in deze vorm kon worden aangeboden zonder de niet aflatende zorg van juffrouw C. Van Volsem, secretaresse. Mijn dank aan hen allen convergeert in mijn dank aan mijn leermeester en promotor professor W. van Gerven, voor zijn visie op het recht, zijn bezielende leiding van een equipe, en het voorrecht om onder die leiding deze verhandeling te kunnen schrijven.

BEKNOPTE INHOUDSTAFEL

(zie voor een uitgewerkte inhoudstafel p. XXXI e.v.)

	dankwoord
I	beknopte inhoudstafel
III	lijst van afkortingen
1	inleiding
4	<u>inleidend hoofdstuk</u>
4	afdeling I: rechtsbescherming, een begrips- benadering
37	afdeling II: de studie van de rechtsbescherming bij ondernemingen in moeilijkheden in het econo- misch recht
114	<u>hoofdstuk I: informatie over de financiële toestand</u> van ondernemingen
117	afdeling I: informatie over de rechtsvorm van ondernemingen
121	afdeling II: de jaarrekeningen
196	afdeling III: informatie van de werknemers
203	afdeling IV: inlichtingen verstrekt door finan- ciële instellingen
214	afdeling V: publiciteit inzake voorrechten en hypotheken
237	afdeling VI: publiciteit voor niet bevoorrechte schuldvorderingen
237	afdeling VII: informatie over betalingsmoeilijkheden
239	afdeling VIII: sectoren waarvoor een bijzondere regeling geldt
240	afdeling IX: beoordeling van de informatieverstrek- king over de financiële toestand van ondernemingen
263	<u>hoofdstuk II: rechtsmiddelen waarover de belang- hebbenden individueel beschikken</u>
264	afdeling I: rechtsmiddelen waarover de aandeelhouders beschikken
372	afdeling II: rechtsmiddelen waarover de werknemers beschikken

392	afdeling III: rechtsmiddelen waarover de schuldeisers beschikken
475	afdeling IV: overheidssteun aan ondernemingen in moeilijkheden
528	afdeling V: globale beoordeling van de rechtsmiddelen waarover de belanghebbenden individueel beschikken
543	<u>hoofdstuk III</u> : collectieve procedures
543	afdeling I: overzicht van de te bespreken probleemgroepen
548	afdeling II: opsporen van ondernemingen in moeilijkheden (besluit p. 566 e.v.)
567	afdeling III: faillissementsrechtelijke procedures (besluit p. 651 e.v.)
668	<u>besluit</u>
V	bibliografie
XXXI	uitgewerkte inhoudstafel

LIJST VAN AFKORTINGEN

A.Ae.	Ars Aequi
A.C.	Appeal Cases
All.E.R.	All England Law Reports
Ann. Dr.	Annales de Droit
A.V.	Algemene vergadering
AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft (Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters)
Banque	(tijdschrift -, Paris)
BB	der Betriebs-Berater
B.R.H.	Belgische rechtspraak in handelszaken
B.S.	Belgisch Staatsblad
Bull.E.G.	Bulletin van de Europese Gemeenschappen
B.W.	Burgerlijk Wetboek (Belgisch)
Cambr.L.J.	Cambridge Law Journal
Cass. Comm.	Chambre commerciale de la Cour de Cassation (Fr.)
C.D.E.	Cahiers de Droit Européen
Ch.	Chancery
C.L.P.	Current Legal Problems
de N.V.	de Naamloze Vennootschap (tijdschrift)
Ger. Wb.	Gerechtiglijk Wetboek
GW	Grondwet (Belgische)
Harv.L.J.	Harvard Law Journal
Hyp.W.	Hypotheekwet
J.B.L.	Journal of Business Law
J.T.	Journal des Tribunaux
JuriscI. Pér.	JuriscIasseuse Périodique
K.O.	Konkursordnung
L.Q.Rev.	Law Quaterly Review
M.L.R.	Modern Law Review
N.J.B.	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nl. Stsbl.	Staatsblad (Nederland)
Novelles	Les Nouvelles
N.V.	Naamloze Vennootschap
o.c.	aangehaald werk
Parl. Doc. (P.D.)	Parlementaire Documenten
Parl. Hand. (P.H.)	Parlementaire Handelingen
Rb. Kph.	Rechtbank van Koophandel
R.C.J.B.	Revue Critique de Jurisprudence Belge
R.D.P.	Revue de droit pénal

RE	(Europese) Rekeneenheid
Rechtsg. Mag. Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rec. Jur. Dr. Adm.	Recueil de Jurisprudence du Droit Administratif et du Conseil d'Etat
Rép. Fisc.	Répertoire Fiscal
Rev. Banque	Revue de la Banque (Tijdschrift voor het Bankwezen)
Rev. Gén. Dr. Int. Publ.	Revue générale de droit international public
Rev. Not. B.	Revue du Notariat Belge
R.P.S.	Revue pratique des sociétés
R & R	Rechtsphilosophie en Rechtstheorie
R.T.D.Comm.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.E.W.	Tijdschrift voor Europees Economisch Recht
S.Wb.	Strafwetboek
T. Best.	Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiek recht
T.L.R.	Times Law Reports
T.P.R.	Tijdschrift voor Privaatrecht
T.V.V.S.	Ondernemingsrecht
Venn.W.	Boek I, titel IX, van de Vennootschappen uit het Wetboek van Koophandel
Wb. Sv.	Wetboek Strafvordering
W.I.B.	Wetboek Inkomstenbelastingen
W.L.R.	Weekly Law Reports
W.v.K. (Wb. v. Kph.)	Wetboek van Koophandel
ZgHW	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmungsrecht

Inleiding

1. Deze studie hoopt een bijdrage te leveren tot het onderzoek van de rechtsmiddelen waarover de belanghebbenden beschikken om hun belangen te vrijwaren bij financiële moeilijkheden van de onderneming waarvan zij deel uitmaken, waarmee zij handel drijven, of die belangrijk is voor een bepaalde streek.
2. Daarbij wordt vooral aandacht besteed aan de rechtsmiddelen die toelaten vóór het uitspreken van een faillissement of het toekennen van een gerechtelijk akkoord de belangen van de betrokkenen te beschermen. Onderzocht wordt of deze rechtsmiddelen voldoen aan de rechtsbeschermingsbehoefte van de betrokkenen, of integendeel zelf aanleiding geven tot nieuwe belangen conflicten. Daarna wordt nagegaan of er procedures beschikbaar zijn om de opengebleven of nieuw gerezen rechtsbeschermingsvragen te beantwoorden.
3. Het kan verwondering wekken dat het faillissement en het gerechtelijk akkoord zelf niet systematisch worden onderzocht. Er wordt alleen onderzocht in hoeverre het faillissement en het gerechtelijk akkoord een antwoord helpen geven op vragen die rijzen bij het bespreken van andere rechtsmiddelen of van de systematiek van de rechtsbescherming bij ondernemingen in moeilijkheden. Die optie werd genomen omdat aan beide procedures al uitmuntende studies werden gewijd, waarvan in de volgende hoofdstukken dankbaar gebruik wordt gemaakt. Ook voor de andere rechtsmiddelen die in deze verhandeling ter sprake komen, wordt zoveel mogelijk gesteund op studies die eerder aan die rechtsmiddelen werden gewijd.
4. Deze methodologische beperking leek noodzakelijk om voldoende aandacht te kunnen concentreren op de onderlinge wisselwerking van de besproken bepalingen, en op hun functie in het geheel van de rechtsbescherming bij ondernemingen in

moeilijkheden. Het voorkomen van faillissementen, en een billijk afwegen van de ingediende vorderingen, vergen een minimale coherentie van het economisch recht. Alleen dan kan van bij de oprichting systematisch worden getracht de leefbaarheid van ondernemingen zoveel mogelijk te bevorderen. En om in een faillissementscontext geschillen te kunnen beslechten volgens de regels die ook in andere omstandigheden worden toegepast, dienen die regels tot oplossingen te leiden die ook in een faillissementscontext billijk kunnen worden genoemd. Eerder dan een monografie over een aantal rechtsmiddelen te brengen, hoopt deze verhandeling daarom door een aantal rechtsmiddelen vanuit een faillissementsrechtelijke context door te lichten, een antwoord te helpen zoeken op de vraag naar de coherentie van ons economisch recht, of naar de wenselijkheid van een meer doeltreffend maar misschien ook drastischer ingrijpend faillissementsrecht.

5. Het dikwijls eerder deductief en abstract karakter dat een verhandeling zo krijgt, kan misschien verantwoord worden door de aard van de vraagstelling. Bij een onderzoek naar de rechtsbescherming primeert het verkennen van de bescherming die een rechtstelsel bieden kan op grond van al onderkende tendensen of interpretatiemogelijkheden, op een volledig en genuanceerd inventariseren van eerder genomen beslissingen. Wegens het uiteenlopend karakter van de besproken rechtsmiddelen en de talrijke daarbij betrokken partijen, leek het trouwens ook moeilijk om het functioneren van de rechtsbescherming op dit ogenblik, en de wenselijkheid van eventuele wijzigingen, niet alleen rechtstechnisch, maar ook rechtssociologisch te onderzoeken. Wel wordt getracht om telkens de haalbaarheid en de bruikbaarheid van de geschetste rechtsmiddelen te ramen. Een rechtssociologisch onderzoek van deze materie kan op dit punt nochtans zeker bijkomende of meer betrouwbare gegevens beschikbaar maken.

6. Een derde methodologische beperking waartoe om dezelfde redenen werd besloten, betreft de besproken rechtstelsels. In deze verhandeling wordt in principe alleen de

rechtsbescherming in het Belgisch en Europees recht onderzocht. Buitenlands recht wordt alleen besproken wanneer het onderwerp door het internationaal karakter ervan dikwijls door buitenlands recht wordt beheerst, wanneer het buitenlands recht omwille van Europese harmonisatieplannen wellicht het Belgisch recht in de nabije toekomst sterk zal beïnvloeden, of wanneer lacunes in het Belgisch recht ertoe aansporen te onderzoeken hoe gelijkaardige problemen elders worden opgelost. Wanneer buitenlands recht wordt verwerkt, wordt meestal alleen verwezen naar het recht van de Duitse Bondsrepubliek, Frankrijk, Nederland en het Verenigd Koninkrijk.

7. Voor het overlopen van de rechtsmiddelen waarover de betrokkenen tegenover ondernemingen in moeilijkheden beschikken, wordt eerst stilgestaan bij het begrip rechtsbescherming zelf. Daarbij wordt gepoogd de achtergrond te expliciteren van waaruit geboden rechtsbescherming beoordeeld wordt. Daarna wordt een begripsomschrijving van het economisch recht voorgesteld, om de context af te lijnen waarin de regels die bij ondernemingen in moeilijkheden gelden worden onderzocht. Omdat tot deze regels traditioneel vooral het faillissementsrecht wordt gerekend, wordt dan nagegaan hoe het faillissementsrecht zich verhoudt tot de voorgestelde definitie van het economisch recht en het onderwerp van deze studie.

INLEIDEND HOOFDSTUK

Afdeling I. Rechtsbescherming, een begripsbenadering

8. Om te kunnen onderzoeken of bepaalde rechtsregels (1) voldoende rechtsbescherming bieden, zijn criteria nodig om de rechtsbescherming die een stelsel biedt te toetsen. Rechtsbescherming is evenwel een vrij veel gebruikt, maar niet erg duidelijk omschreven begrip. Er kan daarom moeilijk gesproken worden van een algemeen aanvaard geheel van eisen waaraan een rechtssysteem dient te voldoen om een voldoende rechtsbescherming te bieden. In deze afdeling wordt gepoogd toch enkele criteria te formuleren.

9. Bij een studie van de rechtsbescherming kunnen in dit begrip twee aspecten worden onderscheiden, die gemakshalve aangeduid worden als de procedurale rechtsbescherming, en de materiële of materieel rechtelijke rechtsbescherming. Tussen beide kan geen duidelijke grens worden getrokken, evenmin als tussen het materiële en het formele recht (2). Zij worden hier alleen onderscheiden om de analyse te vergemakkelijken van het begrip rechtsbescherming.

§ 1. Procedurale rechtsbescherming

10. Een onderzoek van de procedurale rechtsbescherming, of een eerder formeel onderzoek van de rechtsbescherming, is een onderzoek van de procedures die het positief recht voorziet voor het handhaven van de door dat recht erkende rechten. Daarbij

(1) De termen recht, rechtssysteem en rechtsregels worden gebruikt om het zgn. positief recht of regels van positief recht aan te duiden. Zie hierover bijv. J. DABIN, Théorie générale du droit, 3^e uitg., Paris 1969, p. 6 en p. 19 e.v., en KELSEN, Reine Rechtslehre, 2^e uitg., Wien 1967, p. 1, 9 en 201.

(2) Zie hierover R. DAVID, Les grands systèmes de droit contemporain, 4^e uitg., Paris 1971, p. 370 e.v., waar er op wordt gewezen dat het relatieve belang en de functie van beide aspecten in een rechtssysteem afhankelijk zijn van de algemene conceptie van dat systeem, en met name in Common Law regimes sterk verschillen van die in continentale Europese rechtssystemen.

zullen vooral de volgende vragen worden gesteld:

Is er

- bij elke schending van een rechtsregel
- voor al wie aan die regel rechten ontlelen volgens het recht waartoe de geschonden regel behoort, of dat toelaat die regel in te roepen (1)
- een procedure beschikbaar die toelaat:
- de door de schending veroorzaakte schade a) te vermijden;
b) te herstellen;
- binnen een termijn waarin de schade nog vermeden kan worden, of de vergoeding nog gebruikt kan worden om de geleden schade te herstellen,
- zonder daartoe inspanningen of kosten te vereisen die niet in verhouding staan tot het aan de geschonden regel ontleende recht, de geleden schade, of de gevorderde vergoeding (2).

(1) Zie voor een analyse van de soorten aanspraken, of subjectieve rechten die aan een rechtsregel kunnen worden ontleend: J. DABIN, Le droit subjectif, Paris 1952, en vnl. p. 80 e.v. en 165 e.v., en vooral W. VAN GERVEN, Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, I, Algemeen Deel, Antwerpen 1969, p. 87 e.v. Zie over de verhouding tussen het subjectief recht en het objectief recht, of de rechtsregels waarvan de schending en de daaruit voortvloeiende gevolgen worden onderzocht: J. DABIN, o.c., vnl. p. 18 e.v. en ook J. DABIN, 'Droit subjectif et prérogatives juridiques', Verhandelingen Koninklijke Academie van België, Brussel 1960. Zie anderzijds H. KELSEN, o.c., p. 130 e.v. en vnl. p. 149, en 'Apperçu d'une théorie générale de l'Etat', Revue du droit public et de la science administrative, 43 (1926), p. 572 en 573. DABIN verdedigt een benadering van het subjectief recht die niet vertrekt van het objectief recht en onafhankelijk daarvan wordt ontwikkeld. Voor KELSEN is het objectief recht daarentegen de weerslag voor het individu van het objectief recht, of is het objectief recht de formulering van de aan individuen toegekende (subjectieve) rechten. Deze benadering kan in deze context meer overtuigen. Het is ontegensprekelijk mogelijk om zonder uit te gaan van het hic et nunc geldende positieve recht, een indeling uit te werken van de aanspraken (aanspraak wordt hier gebruikt in de algemene betekenis, en niet als technische term voor het aanduiden van bepaalde subjectieve rechten; zie W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 93) die individuen of groepen kunnen formuleren. Maar bij een afdwingen van deze aanspraken zullen zij elke aanspraak moeten steunen op een regel van positief recht, dus op objectief recht. Daarom lijkt het mogelijk de rechtsbescherming die een rechtssysteem biedt te bestuderen door te onderzoeken of regels van objectief recht de gewenste .../...

11. De opties die bij de organisatie van de procedurale rechtsbescherming moeten worden genomen veronderstellen vooral een beoordeling van de logische coherentie en de economische efficiëntie van een rechtssysteem.

§ 2. Materiële rechtsbescherming

12. Of een rechtstelsel voldoende rechtsbescherming biedt, wordt niet alleen bepaald door het bestaan van procedures die toelaten subjectieve rechten af te dwingen. Daartoe is ook vereist dat het recht in regels van objectief recht die subjectieve rechten erkent, die tegengesteld moeten kunnen worden aan anderen. Zonder een daarvoor geëigende procedure blijft het erkennen van rechten zonder gevolg, en worden dus geen rechten beschermd. Maar zonder een regel waar een aanspraak op gesteund kan worden, kan een procedure geen uitkomst brengen (1). In deze paragraaf wordt gepoogd om criteria te omschrijven die toelaten vast te stellen in welke mate het positief recht beschermt wat aan anderen moet kunnen worden tegengeworpen, door het in een regel van objectief recht als

(1) ./. bescherming bieden. Terzake de procedurale rechtsbescherming veronderstelt dit dat onderzocht wordt of het positief recht procedures voorziet om zich te verzetten tegen een schending van een regel van objectief recht voor wie daaraan een subjectief recht ontleent. Zie ook voetnoot onder nr. 438.

(2) Eerder dan in deze afdeling de stelling te poneren dat het handhaven van rechten geen kosten mag veroorzaken voor hen die in hun rechten zijn geschonden, wordt er de voorkeur aan gegeven telkens wanneer het in de volgende hoofdstukken wenselijk voorkomt, te onderzoeken hoe de kosten van de rechtsbescherming billijkerwijze dienen te worden verdeeld.

(1) Die regel kan wel vervat liggen in de bepaling die de procedure creëert, wat er opnieuw op wijst dat materiële en procedurale rechtsbescherming niet strikt gescheiden kunnen worden, en alleen onderscheidbare aspecten zijn van eenzelfde bewerking. Zie bijv. art. 14 gecoördineerde wetten Raad van State, K.B. 12 januari 1973, B.S. 21 maart 1973.

een recht te erkennen. De daarbij te nemen opties veronderstellen naast een onderzoek van de logische coherentie en de economische efficiëntie van een rechtssysteem, vooral een afwegen van opvattingen. Eerst wordt de vraag gesteld welke opties het referentiekader bepalen waarin de logische coherentie van een rechtssysteem beoordeeld dient te worden, dan wie beschermd dient te worden, en daarna waarvoor zij die bescherming moeten kunnen inroepen.

1) de fundamentele kenmerken van een rechtssysteem

13. De belangrijkste opties bij de uitbouw van een rechtssysteem zijn wellicht de keuze van de eenheid waarvan het recht de aspiraties wil beschermen en het toewijzen van de bevoegdheid om te bepalen wat recht zal zijn. Meestal noemt men dit laatste het bepalen van het zwaartepunt van het politieke gezag. Bij een onderzoek van de rechtsbescherming is het evenwel niet onmiddellijk belangrijk wie bepaalt wat afdwingbaar is en hoe dat bepaald wordt. Dit wordt belangrijk wanneer zij die door het recht beschermd worden, of dienen te worden, dit belangrijk vinden. Het is ook belangrijk om na te gaan of zij die menen dat een regel geen voldoende bescherming biedt, invloed kunnen uitoefenen op een wijziging van de regel. Daarmee is dus zeker niet gezegd dat het voor de rechtsbescherming onbelangrijk is hoe rechtsregels ontstaan. Wanneer dit aspect, dat dikwijls aangeduid wordt als de preventieve rechtsbescherming, of de rechtsbescherming vóór en bij het tot stand komen van een norm, hier verder toch niet wordt behandeld, volgt dit uit de omschrijving van hetonderwerp van deze studie. In de volgende hoofdstukken wordt vooral de rechtsbescherming onderzocht die een aantal gegeven regels bieden (1). Welke aspiraties beschermd dienen te worden is afhankelijk van wie bescherming behoeft.

(1) Zie als voorbeeld van een studie waar de rechtsbescherming bij de regelvorming en administratieve besluitvorming wel worden onderzocht: M. BOES, Preventieve rechtsbescherming bij de bestuurlijke besluitvorming, (proefschrift), Leuven 1975.

14. Wat beschermd wordt, kan daarom niet tot de meest fundamentele kenmerken van een rechtssysteem worden gerekend. Dit geldt evenzeer voor het antwoord op de vraag tot wie een rechtssysteem zich richt, of wiens gedrag het wil regelen. Daarbij bestaat eigenlijk geen ruimte voor een echte keuze. Vermits individuen zich kunnen gedragen zonder met anderen rekening te houden, dreigt elke rechtsregel zonder gevolgen te blijven die niet tegenover individuen afdwingbaar is. De vraag naar wiens gedrag door een rechtsregel ook daadwerkelijk geregeld wordt, verdient wel enige aandacht. Bij het beoordelen van en de bescherming die door een rechtsregel geboden wordt, is de effectiviteit van die regel immers niet onbelangrijk. Wanneer een regel niet toegepast wordt, en de middelen om de toepassing ervan af te dwingen falen of ontbreken (1) biedt de regel geen bescherming. Zij kan evenmin nadeel berokkenen aan wie er door geschaad zou worden. Dit betekent nochtans niet dat in die gevallen de 'grens' bereikt is van de draagwijdte van het positief recht, wanneer een rechtssysteem ruimte laat voor een gewoonte contra legem.

15. De aanvaarding van de regel lijkt zelfs een bestanddeel van de norm wanneer ook een gewoonte contra legem bron van objectief recht kan zijn. Wanneer een regel niet aanvaard is, geldt zij niet, en gelden dus andere regels die het positief recht daarvoor voorziet of erkent. Daaruit volgt ook dat de aanvaardbaarheid één van de eisen is die aan een rechtsregel in een dergelijk stelsel moeten worden gesteld.

16. De aanvaarding van deze rechtsregel mag zeker niet worden verward met de mate waarin zij wordt nageleefd. Vanaf het ogenblik dat niet vast staat dat zij volstrekt niet toegepast wordt, moet worden aangenomen dat zij is aanvaard. Men mag immers vermoeden dat een rechtsregel die formeel van kracht

(1) Zie over de niet afdwingbare rechtsregel, en het rechtskarakter van dergelijke normen: J. DABIN, Théorie générale du droit, p. 55, waar ook deze regels, in tegenstelling tot zgn. natuurlijke verbintenissen tot de rechtsregels gerekend worden, zij het dan als onvolkomen rechtsregels (leges imperfectae). Zie verder M.J. van EIKEMA HOMMES, De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap, Deventer 1972, p. 151 e.v., en vnl. p. 153.

is, ook in feite geldt. Anderen moeten er daarom op kunnen vertrouwen dat zij de rechten die zij aan de regel ontleen, kunnen afdwingen. Eens een regel toegepast is, geldt zij dan ook onbetwistbaar. Het is moeilijker om te weten wanneer een regel die nog nooit werd toegepast, in onbruik is. In principe behouden de autoriteiten en de rechtsonderhorigen de mogelijkheid om ooit een dergelijke regel in te roepen.

17. De aanvaardbaarheid van een norm kan nog moeilijker worden beoordeeld dan de aanvaarding, omdat zij in principe voor het invoeren van de regel beoordeeld moet worden (1). Het lijkt in ieder geval al te voortvarend om uit het vereiste van aanvaardbaarheid af te leiden dat een rechtsstelsel dat de gewoonte contra legem kent, alleen vastgestelde situaties consolideren kan, en niet aangewend mag worden om daarin veranderingen door te voeren. Het kan dus alleen een aspect van de regel zijn waar de normsteller aandacht voor moet hebben. Er ligt een vereiste van redelijkheid in: de normsteller moet redelijkerwijze kunnen verwachten dat een regel aanvaardbaar is. Dit betekent dat een regel of een geheel van regels, voldoende rekening dient te houden met de aspiraties van de betrokkenen om door hen als redelijk te worden beschouwd. Of dat van hen geëist kan worden dat zij er zich naar voegen omdat zij de regel redelijkerwijze zouden moeten kunnen aanvaarden vermits de regel hen beschermt.

18. Het invoeren van dit vereiste van redelijkheid of aanvaardbaarheid van de norm, maakt het aanvaarden van de gewoonte contra legem als bron van objectief recht, tot een van de fundamentele kenmerken van een rechtssysteem. Er volgt uiteraard niet uit dat de verplichting rechtsregels na te leven, niet langer als grondregel zou gelden. Een rechtsregel is een dwingende gedragsregel waarvan het bindend karakter alleen door de regel of het regelsysteem zelf bepaald kan worden (2). Daarom kan alleen een als rechtsbron erkende gewoonte een duidelijke

(1) Zie voor de verhouding tussen effectieve toepassing (Wirk-samkeit) en de geldigheid (Geltung) van de norm o.a. H. KELSEN, Reine Rechtslehre, p. 218-221, waar eveneens gesteld wordt dat een volledig ontbreken van elke toepassing van een regel, of de regels die het regelsysteem organiseren, het rechtsregelkarakter aantasten van respectievelijk een bepaalde rechtsregel, of het geheel van regels dat erop steunt. De toepassing wordt daarbij niet als de grondslag van de gelding beschouwd, maar een regel kan wel haar gelding verliezen bij ontbreken van toepassingen. Een slecht toepassen of het slecht naleven volstaat evenwel niet om te stellen dat de regel niet langer zou gelden.

(2) Zie J. DABIN, Théorie générale, p. 73 e.v., en vnl. p. 73, 77, 81, 83 en 85 e.v.

rechtsregel opheffen (1). Maar wanneer een gewoonte contra legem erkend wordt, vormt het geheel van rechtsregels niet langer een monolytisch blok waarvan de regels alleen kunnen vastgesteld worden in een hiërarchische orde door daartoe in het rechtssysteem zelf ingestelde organen. De betrokkenen kunnen zelf recht scheppen, ongeacht de genomen beslissingen, en zonder de regels voor de politieke besluitvorming te kennen (2). Daaruit volgt dat waar de gewoonte contra legem is aanvaard, niet alleen het rechtssysteem als geheel, maar ook elke rechtsregel moet voldoen aan de eisen van aanvaardbaarheid en/of aanvaarding. In een rechtssysteem dat de gewoonte contra legem kent, kan een studie van de rechtsbescherming dan ook niet beperkt blijven tot een studie van de procedures tot regelvorming en een onderzoek of een gegeven regel werd geformuleerd volgens de daartoe voorziene procedures.

19. In deze studie wordt ervan uitgegaan dat het Belgisch recht de gewoonte contra legem kent (3).

2) van wie de aanspraken beschermd moeten worden

20. De meeste West-Europese en daarmee verwante rechtssystemen organiseren een rechtsbescherming voor het individu als het meest onmiddellijk aanwezige rechtssubject (4). Andere eenheden, zoals rechtspersonen, worden pas daarna als rechtssubject vernoemd, en dikwijls op analoge wijze behandeld, of als samenwerkingsvormen vanuit individuen gedacht (5). Binnen ruimere samenwerkingsverbanden die zelf als rechtssubject

(1) H. KELSEN, o.c., p. 220.

(2) Zie over het recht en het politiek gezag: J. DABIN, o.c., p. 19 e.v.

(3) Zie W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 45 en 46, waarbij hij steunt op de vaststelling dat sommige rechtsregels niet toegepast worden en sinds lang door niemand nog als geldig worden beschouwd. Zie over deze redeneerwijze ook H. KELSEN, o.c., p. 219-220. Zie ook in dezelfde zin J. DABIN, o.c., p. 47-50.

(4) Zie bijv. Universele verklaring over de rechten van de mens, vnl. art. 6-8. De Europese Conventie over de vrijwaring van de rechten van de mens, en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, goedgekeurd door de W. 13 maart 1955, B.S., 19 augustus 1955, en art. 4 e.v. G.W.

erkend worden, wordt dan opnieuw gestreefd naar een bescherming van de daarin samenwerkende individuen (1). Het construeren van een rechtssysteem rond individuen, of natuurlijke personen, wordt ook als model voorgehouden in verschillende rechtstheoretische of rechtsfilosofische stromingen sinds de Renaissance (2). Deze individu-gerichte rechtsopvatting komt wellicht het sterkst tot uiting in het door Kant geformuleerde algemene rechtsbeginsel dat men zo dient te handelen dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen könne (3), en in de leuze van de Franse revolutie 'liberté, égalité, fraternité' (4). Wanneer voor ieder individu individuele vrijheid wordt opgeëist en die vrijheid slechts haar beperking vindt in de gelijke rechten van anderen op een zelfde vrijheid,

(5) Zie over het rechtssubject o.a. J. DABIN, Le droit subjectif, p. 106; H. KELSEN, o.c., p. 122, 133, 172 e.v.; W. VAN GERVEN, o.c., p. 106 e.v. en p. 233 e.v.

(1) Zie o.a. T. HADDEN, Company law and capitalism, London 1972, en vnl. hst. 13 e.v., p. 401 e.v.

(2) Zie o.a. J. BENTHAM, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, p. 11-13, T. HOBBS, Leviathan, Pt. I, Ch. 14, J. LOCKE, Civil Government, Bk II, cap. 7 en 11, zoals geciteerd bij LLOYD of HAMPSTEAD, Introduction to Jurisprudence, London 1972; F. HEGEL, Principes de la Philosophie du droit (vert. van A. KAN), Paris 1940, p. 83 en 84; I. KANT, Meta-physik der Sitten, 4^e uitg., Hamburg 1922, p. 35; J.J. ROUSSEAU, Du contrat social, Div. I, Ch. VI; en recenter o.a. J. RAWLS, A theory of Justice, Oxford 1972, o.a. p. 60.

(3) I. KANT, l.c.

(4) Zie over deze beginselen in het Belgisch recht, en meer bepaald in het Belgisch economisch recht, W. VAN GERVEN, 'Schets van een Belgisch economisch grondslagenrecht', S.E.W., nr. 6 (1971), p. 404 e.v., en J. STEENBERGEN, 'Maatregelen voor het voorkomen van faillissementen en het behoud van ondernemingen', R.W. 1975-1976, kol. 2312 e.v. en vnl. voetnoot 12.

dient een rechtssysteem op de eerste plaats het individu te beschermen. Het moet voor individuen de vrijheid, maar ook de gelijkheid waarborgen die hen toelaat zich elk in de hoogst mogelijke mate, naar eigen inzicht te ontplooiën. De broederlijkheid of solidariteit bestaat daarbij vooral in het aanvaarden, ook door de sterkeren, van de regels die de vrijheid en de gelijkheid van de zwakkeren beschermen.

21. Deze opvatting van het recht en de samenleving wordt zeker niet algemeen aanvaard. De marxistische rechtsleer beschouwt de conceptie van het rechtssubject en de daaraan toegekende rechten en vrijheden, als een ideologische versluiering van de werkelijke economische verhoudingen (1). Dit betekent niet dat het grondwettelijk recht van de Oost-Europese volksrepubliek het individu negeert. Als geadresseerde van rechtswetten, kan het individu trouwens moeilijk worden genegeerd zoals eerder al gesteld werd in nr. 14. Maar de vrijheid van het individu wordt sterker opgevat in functie van het algemeen welzijn, en bij de omschrijving van het algemeen welzijn wordt soms een bevoorrechte leidende rol toegekend aan de communistische partij (2). Deze functionele beperking van de persoonlijke rechten en vrijheden en de vrijheid om deel te nemen aan de besluitvorming in de staat (3), wordt dikwijls aangevuld met een verplichting om mee te werken aan de uitbouw van de socialistische staat, en de realisering van de economische politiek van de staat door een verplichting tot arbeiden (4).

(1) Zie o.a. EDELMAN, Le droit saisi par la photographie, Paris 1973, p. 19 e.v. en E.B. PASUKANIS, La théorie générale du droit et le Marxisme (vert. J.M. BROHM), Paris 1969, p. 99 e.v.; H. NEUENDORFF, Der Begriff des Interesses, Eine Studie zu den Gesellschaftstheorien von Hobbes, Smith und Marx, Frankfurt a.M. 1973, p. 108 e.v., p. 136 e.v. en p. 152 e.v.; en over een aan het vermelde werk van Edelman ontleende artikel: W. UITTERHOEVE, 'Aantekeningen bij het artikel van Edelman', Recht en Kritiek, 1977, p. 38 e.v.

(2) Zie o.a. art. 4 en 9(3) Hongaarse grondwet; art. 39, 40 Joegoslafse grondwet; art. 29 Roemeense grondwet; art. 1, 2, 4, 7, 28 en 38 Tschecho-Slovaakse grondwet en art. 125 en 126 grondwet van de U.S.S.R., zoals vertaald in A.J. PEASLEE, Constitutions of Nations, 3^e uitg., Den Haag 1968, vol. III.

Die beperking wordt dan gewoonlijk gecompenseerd door een even strikt omschreven opdracht voor de staat om aan alle inwoners een levensminimum te waarborgen, of zelfs een voortdurende verbetering van de culturele en materiële levensstandaard na te streven (1). Het primaat van het algemeen belang op de individuele vrijheid van het individu was ook vóór het ontwikkelen van de marxistische rechtstheorie niet onbekend. Het werd o.m. al als uitgangspunt gekozen door Thomas van Aquino (2). Het is evenmin uitsluitend een kenmerk van eerder centraliserende of zelfs autoritaire staatsopvattingen. Zelfs het libertair socialisme, of anarchisme, kent naast zeer individualistische stromingen (3), ook vormen waarbij in hecht aaneengesloten samenlevingen het gemeenschapsbelang meer benadrukt wordt dan dat van de individuele leden (4).

(3) Vgl. met het onderscheid tussen discretionaire en doelgebonden bevoegdheden in het Belgisch privaatrecht: W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 168 e.v.

(4) Zie art. 93 en 97 Bulgaarse grondwet, art. 9 (2 en 3) Hongaarse grondwet, art. 14 Poolse grondwet, art. 39 Roemeense grondwet, art. 12 grondwet van de U.S.S.R., zoals vertaald in A.J. PEASLEE, o.c.

(1) Zie art. 8 Albaanse grondwet, art. 12 Bulgaarse grondwet, art. 19 grondwet van de D.D.R., art. 5 Hongaarse grondwet, art. 7 Poolse grondwet, art. 11 grondwet van de U.S.S.R.

(2) Zie T. AQUINAS, Summa Theologica, Ru. 90, Art. 2, zoals weergegeven door LLOYD of HAMPSTEAD, o.c.

(3) Zie o.a. de opvattingen van Stirner: G. WOODCOCK, Anarchism, London 1963, p. 87 e.v.

(4) Zie o.a. vormen van 19^e eeuwse Spaanse agrarische anarchisme, WOODCOCK, o.c., p. 343.

22. Theoretisch is het onderscheid tussen, wat gemakshalve individu-gerichte en collectiviteit-gerichte rechtssystemen zullen worden genoemd, een basisindeling van de rechtssystemen omdat het de beoordeling beïnvloedt van alle andere aspecten van een rechtssysteem (1). Praktisch hoeft het verschil tussen beide niet altijd even groot te zijn. In naar hun uitgangspunt individualistische rechtssystemen kunnen de individuele rechtsonderhorigen samen de voorrang geven aan de verwezenlijking van een collectief programma, zoals ook een in principe collectivistisch systeem grote waarde kan hechten aan de bescherming van het individu (2). Hierbij blijkt opnieuw het belang van de organisatie van de politieke besluitvorming, die eerder in nr. 13 al genoemd werd als een van de drie fundamentele kenmerken van een rechtssysteem (3). In een individu-gericht rechtssysteem kan een prioriteit van sommige gemeenschappelijke objectieven of individuele belangen alleen het resultaat zijn van een gemeenschappelijke keuze van de rechtsonderhorigen, of moet die keuze alleszins zijn genomen en/of geformuleerd (4), op zulke wijze dat niemand er zich redelijkerwijze aan mag onttrekken. Zoniet, verandert het rechtssysteem van karakter. Een collectiviteit-gericht rechtssysteem kan een individu-gericht rechtssysteem benaderen door, ofwel in het collectief programma een centrale plaats toe te kennen aan individuele rechtsonderhorigen, ofwel door individuele rechtsonderhorigen een grote invloed te geven op het bepalen van het collectief

(1) G. RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 6^o uitg., door E. WOLF, Stuttgart 1963, p. 147, noemt naast Individualwerte en Kollektivwerte ook Werkwerte bij een indeling van rechtssystemen volgens het doel dat zij nastreven, maar stelt ook vast dat vooral de Individualwerte en de Kollektivwerte als uitgangspunt worden genomen voor een politiek programma. Zie ook G. RADBRUCH, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12^o uitg., door K. ZWEIGERT, Stuttgart 1969, p. 24 e.v.

(2) Bovendien kan hier worden opgemerkt dat een individualistisch rechtssysteem zelf het resultaat kan zijn van een programma waarbij het uitgaan van een consensus tussen individuen over het type rechtssysteem dat moet worden gekozen, een gemaakte consensus is. Zij stelt dus logisch een overeenkomst tussen partijen voor, maar creëert daarom historisch niet noodzakelijk de wil van deze partijen, en veronderstelt zeker niet hun actieve medewerking. Zie hierover: R. FOQUE, 'Natuurrecht, Recht en Revolutie', Jura Falconis, 12 (1975-1976), p. 15 e.v.

(3) Samen met het individualistisch of collectivistisch karakter van een rechtssysteem, en het al dan niet aanvaarden van de gewoonte contra legem.

(4) Dit wanneer het rechtssysteem de gewoonte contra legem kent.

programma. In beide gevallen is dus de wijze waarop het collectief programma (waarin zowel de bevoegdheden van de overheidsinstanties als van de individuele rechtsonderhorigen worden afgebakend) bepaald wordt, van groot belang.

23. Bovendien beïnvloeden ook externe factoren de mate waarin individu- en collectiviteit-gerichte rechtssystemen van elkaar kunnen verschillen. Eerder werd al gesteld dat geen enkel rechtssysteem individuen volledig kan negeren, omdat zij noodzakelijkerwijze de geadresseerden van normen zijn, vermits een rechtssysteem zonder gevolgen blijft wanneer het het handelen van individuen niet kan beïnvloeden. Daaruit volgt dat het ofwel helemaal op dwanguitvoering dient te steunen, ofwel enigermate op de spontane medewerking van de rechtsonderhorigen moet kunnen rekenen. Het is daarom ondenkbaar dat een rechtssysteem om het even welk collectief programma tot doel zou kunnen nemen zonder rekening te houden met de opvattingen van hen die erdoor worden genormeerd. Omgekeerd is het even ondenkbaar dat een rechtssysteem elke individuele willekeur zou dulden of zelfs stimuleren. De beperking van de individuele vrijheid van een rechtsonderhorige door het recht op een zelfde vrijheid van de anderen, sluit zulks uit. En naarmate een samenleving complexer wordt, en de onderlinge afhankelijkheid dus toeneemt, wordt ook de marge steeds kleiner waarin men zonder onderlinge afspraken kan handelen zonder de vrijheid van de anderen te beperken. Daaruit volgt dat bevoegdheden die in een individu-gericht rechtssysteem toegekend worden aan rechtssubjecten, voortdurend nauwkeuriger moeten worden omschreven. Dit blijkt trouwens uit een algemeen verschuiven van discretionaire naar meer doelgebonden bevoegdheden in het privaatsrecht (1), en naar een toenemend aantal regels van dwingend recht (2).

24. De mate waarin individu- en collectiviteit-gerichte rechtssystemen naar elkaar toe kunnen groeien, of omwille van feitelijke omstandigheden moeten groeien, beïnvloedt sterk de beoordeling van de rechtsbescherming die door het behoren tot één van beide groepen als zodanig wordt geïmpliceerd. Maar dit moet worden onderscheiden van de techniek die gevolgd kan worden bij het beoordelen van de rechtsbescherming die een gegeven regel in één van beide systemen biedt. In een collectiviteit-gericht systeem moet elke regel worden beoordeeld in functie van het collectief programma. Vage normen, zoals het 'algemeen belang', dienen eveneens in het licht van dat programma te worden geïnterpreteerd om te bepalen welke bescherming zij bieden

(1) Zie hierover: W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 172 e.v.

(2) Zie hierover o.a., en vooral over de mate waarin zulks noodzakelijk bleek om een evenwicht te bewaren in het Belgisch economisch recht tussen vrijheid en gelijkheid: W. VAN GERVEN, S.E.W. 1971, p. 411 e.v.

of welke draagwijdte zij hebben. In een individu-gericht systeem moet daarentegen worden onderzocht hoe een bepaalde regel de rechten van individuen raakt, hoe zij de rechten die zij aan een regel ontlelen kunnen afdwingen, en hoe het nadeel dat een regel hen berokkent, kan worden verklaard opdat ook die regels voor hen redelijkerwijze aanvaardbaar zouden zijn. Vage rechtsnormen moeten daarbij zo geïnterpreteerd worden dat de interpretatie voor zoveel mogelijk betrokkenen aanvaardbaar is. Zij moeten daarbij worden geïnterpreteerd in de lijn van de gevolgde politiek of de geldende bepalingen van dwingend recht die terzake relevant zijn.

25. In deze studie wordt op de eerste plaats onderzocht welke bescherming geboden wordt aan individuen, natuurlijke personen of groepen natuurlijke personen. Daarbij wordt het begrip rechtssubject gehanteerd zoals dit in de West-Europese rechtsleer werd ontwikkeld. Het algemeen belang en het algemeen welzijn worden omschreven als het gemeenschappelijk belang van de betrokken individuen, of het project dat zij samen wensen te realiseren. Dit uitgangspunt wordt gekozen ondanks de heftige kritiek die er haast altijd op is geleverd. Het lijkt evenwel de meeste kans te bieden op een rechtssysteem dat niet alleen rechtvaardig genoemd wordt omwille van de objectieven die het nastreeft, maar dat ook efficiënt is omdat het de gestelde objectieven werkelijk helpt realiseren. Wil een rechtssysteem afdoende zijn, of zelfs gewoon gelden (1), is het naleven van de gestelde regels onontbeerlijk. Een niet nageleefde regel waarvan de naleving ook niet kan worden afgedwongen, beschermt niemand. En vermits een regel om afdoende te zijn, het gedrag van individuen moet kunnen regelen (2), lijkt het logisch dat een regelsysteem die individuen rechtstreeks aanspreekt als rechtssubject om hun aanspraken te beschermen. Of anders geformuleerd: dat een rechtssysteem uitgebouwd wordt als een geheel van regels om de aanspraken van

(1) Zie over de invloed van het ontbreken van enige toepassing op het gelden van een norm of normensysteem:

H. KELSEN, o.c., p. 218 e.v.

(2) Zie nr. 14.

de rechtsonderhorigen te beschermen of onderling met elkaar in overeenstemming te brengen.

26. In veel gevallen zal iemand immers eerder geneigd zijn om ook zonder dwang regels na te leven, wanneer zij behoren tot een regelsysteem dat op de eerste plaats zijn bescherming nastreeft (1). Een individu-gericht rechtssysteem vooronderstelt in de praktijk wel het aanvaarden door rechtsonderhorigen van de in een samenleving door het recht als geldend beschouwde opvattingen, omdat het het naleven veronderstelt van het geldende dwingend recht. Maar het beschermt de aanspraken van de rechtsonderhorigen toch in principe zoals zij die zelf formuleren, wanneer dit kan volgens het toepassingsgebied van de regels die zij inroepen. Hun instemming met de strekking van het geldend recht is geen voorwaarde om deze bescherming van een bepaalde regel in te kunnen roepen. En dwingend recht wordt eerder als een uitzonderingsrecht beschouwd (2).

(1) Dit impliceert dat het benadrukken van het belang van de aanvaarding van de rechtsnorm, de 'verticaliteit' van een rechtssysteem afzwakt, omdat het een begin van 'dialoog' veronderstelt tussen recht (afdwingende instanties) en elke rechtsonderhorige. Zie over deze verticaliteit en de moeilijkheden om een meerdimensioneel rechtssysteem te organiseren: J.M. BROEKMAN, Recht en anthropologie, en vnl. de laatste paragraaf van het eerste hoofdstuk. Het manuscript van dit binnenkort te verschijnen boek werd door de auteur bereidwillig ter inzage gegeven.

(2) Deze stelling is niet alleen ontleend aan art. 1134 B.W. waarin het positief recht erkent dat overeenkomsten partijen tot wet strekken, maar ook aan het beginsel dat partijen vrij kunnen contracteren tenzij een uitdrukkelijke bepaling van dwingend recht van dit principe afwijkt. Het is daarbij opmerkelijk voor de systematiseringsgraad van het geschreven recht dat een fundamenteel leerstuk als de contractsvrijheid zelf niet formeel is omschreven, behalve voor de in art. 20 G.W. erkende vrijheid van vereniging. Het heeft dus geen andere rechtsgrond dan het vrijheidsbeginsel zelf, al wordt het wel herhaaldelijk vermeld: zie o.a. art. 1594 en 1598 B.W. inzake koopcontracten. Zie verder: W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 283 e.v. voor een algemeen theoretische behandeling, en verder S.E.W. 1971, p. 407; M. GOTZEN, Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging, Brussel 1963, I, p. 457 e.v. Het wordt niet behandeld in het inleidend deel van DE PAGE's Traité élémentaire de droit civil belge, waar nochtans het genot van de rechten wordt behandeld in een uiteenzetting .../...

Deze kentrek van individu-gerichte rechtsstelsels wordt nog versterkt door het erkennen van de gewoonte contra legem als bron van objectief recht. In meer collectiviteit-gerichte rechtsstelsels worden aanspraken daarentegen beschermd in functie van een collectief doel. Zij worden dus beschermd op grond van een participeren aan een collectief project. Rechtsonderhorigen zullen zich daarom alleen onmiddellijk beschermd weten wanneer zij dit gemeenschappelijk programma onderschrijven, en zij er geen bezwaar tegen hebben dat dit ook van hen wordt verwacht.

3) welke aanspraken beschermd moeten worden

27. Uit de in de vorige alinea genomen optie volgt dat een rechtssysteem de aanspraken dient te beschermen die volgens de rechtsonderhorigen tegengesteld moeten kunnen worden aan anderen. De opvattingen van alle rechtsonderhorigen kunnen hierover verschillen en voortdurend evolueren. Op de vraag welke aanspraken een rechtsstelsel dient te beschermen, kan daarom geen algemeen geldend antwoord worden gegeven. Een auteur kan alleen onderzoeken welke aanspraken hij zelf beschermenswaardig acht, of welke aanspraken volgens hem door velen beschermenswaardig geacht worden, kunnen worden, of beschermenswaardig geacht zouden moeten worden. Het lijkt daarbij redelijk van hem te verwachten dat hij waar mogelijk opties neemt die redelijkerwijze ook voor anderen aanvaardbaar kunnen zijn. Verder dan een voorstel

(2) ././ over rechtshandelingen (I, p. 31, nr. 16, p. 32 e.v., nr. 17 en p. 151 e.v., nrs. 102 e.v.). Ook VAN GERVEN bespreekt het alleen in een kritiek op de klassieke interpretatie zonder dat het nodig wordt geacht om die interpretatie voor zover zij niet weerlegd wordt, positiefrechtelijk te funderen. Zie verder over de situering van de contractvrijheid J. VAN RYN en J. HEENEN, Principes de droit commercial, Brussel, I, 2^e uitg., 1976, p. 108 e.v., nrs. 96 e.v. en p. 159, nr. 152; J. STEENBERGEN, R.W., 1975-1976, kol. 2312 e.v., voetnoot 12. Verder kan hierbij worden opgemerkt dat de eerder in nr. 23 vermelde verschuiving van discretionaire naar doelgebonden bevoegdheden daarmee niet tegenstrijdig is: bij een doelgebonden bevoegdheid kan alleen de uitoefening getoetst worden aan de functie van de bevoegdheid. Deze beperking is een correctie achteraf die geen afbreuk doet aan het vermoeden (iuris tantum) dat wie binnen de letter van de wet handelt bevoegd is om zo te handelen. Dit blijkt o.m. uit de behandeling van het al dan niet doelgebonden karakter van bevoegdheden en het leerstuk over .../...

tot consensus kan een onderzoek evenwel niet gaan, zonder het oordeel van de auteur als norm aan anderen op te dringen, en zo de conclusie toe te voegen aan het onderzoeksgebied.

28. Bij een onderzoek naar de aanspraken die volgens rechtsonderhorigen bescherming verdienen, kunnen twee wegen worden gevolgd. Men kan een sociologisch onderzoek opzetten naar de rechtsopvattingen (1) om deze met het geldend recht te vergelijken. Men kan daartoe ook nagaan welke regels logischerwijze de meeste kansen bieden aan de rechtsonderhorigen om hun aanspraken te formuleren en onderling op elkaar af te stemmen. Geen van beide formules laat toe algemeen geldende conclusies te formuleren, en beide kunnen zij elkaar aanvullen. Hier wordt alleen getracht de tweede methode te volgen. Bij het beoordelen van de materiële rechtsbescherming die door een rechtssysteem geboden wordt, is de coherentie van het systeem en de ruimte die het laat voor een verdere evolutie in de opvattingen van de rechtsonderhorigen, zeker zo belangrijk als de waardering op een bepaald ogenblik door een bepaalde groep van een gegeven regel. Eigenlijk betreffen de twee vermelde methodes, de sociologische en wat hier gemakshalve zal worden aangeduid als de logisch-analytische, niet alleen twee methodes om na te gaan of een rechtssysteem de aanspraken beschermt waarvan verwacht wordt, of mag worden dat zij worden beschermd. Zij zijn ook twee verschillende argumentatiemethodes om de rechtsonderhorigen ervan te overtuigen dat een regel al dan niet voldoende rechtsbescherming biedt, en dus al dan niet aanvaard verdient te worden. Daarbij moet opnieuw herinnerd worden aan het belang van het aanvaarden van een regel of een rechtssysteem. Het positief recht eigent zichzelf het recht toe het gedrag van rechtsonderhorigen te normeren. Deze rechtsonderhorigen zijn evenwel niet zoals door een natuurwet gedwongen om de regels die het stelt te volgen (2). Wil het dus het ontbreken van

(2) ./.. het rechtsmisbruik in een hoofdstuk over de (corrigerende) invloed van de billijkheid op de uitoefening van subjectieve rechten, zoals bij W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 168 e.v. Zie over de verhouding tussen dwingend en suppletief recht verder: W. VAN GERVEN, o.c., p. 73 e.v.

(1) Vgl. met het 'actueel waarderingsplan' uit de functionele rechtsleer J. ter HEIDE, 'Index Viator', Ars Aequi 16 (1967), p. 20, en hierover: W. VAN GERVEN, Het beleid van de rechter, Antwerpen 1973, p. 28 e.v. en 106 e.v. Zie ook voor kritische randbemerkingen: G.E. LANGEMEIJER, 'De onafhankelijke rechter op de schopstoel', N.J.B. 1971, p. 803.

(2) Zie J. DABIN, *Théorie générale*, p. 75.

een organisatie van een samenleving vermijden, of vermijden dat het door een alternatief normensysteem wordt verdrongen, moet elk positief rechtssysteem zelf zijn gelding waarborgen. Dit wil zeggen dat het de rechtsonderhorigen ervan moet overtuigen de gestelde normen te respecteren, of de macht moet organiseren om de naleving ervan af te dwingen. Het feit dat een rechtsregel geen natuurwet is, impliceert evenwel dat de macht waarmee zij gehandhaafd wordt, tegenkrachten wel kan tegenwerken, maar hun ontstaan niet kan uitsluiten. De geschiedenis leert trouwens dat het uiterst moeilijk is om een rechtssysteem alleen door dwang te handhaven. Vandaar het belang van de overtuigingskracht van een rechtssysteem om de aangesprokenen ertoe te bewegen de voorgestelde normen na te leven. Dit overtuigingsmoment wordt meestal aangeduid, en zal ook hier aangeduid worden, als de legitimering van een rechtssysteem (1).

De sociologische methode kan een rechtssysteem helpen legitimeren door aan te tonen dat een belangrijk percentage dit rechtssysteem voldoende gelegitimeerd acht. Het overtuigt zo rechtsonderhorigen door hen er op attent te maken dat de meeste anderen er blijkbaar door overtuigd zijn. Dit is zowel een gezags- als een machtsargument. De logisch-analytische methode probeert de positie van een rechtsonderhorige tegenover het recht te ontleden om hem argumenten te geven om zijn standpunt te bepalen. Deze argumentatie lijkt minder dwingend en meer emanciperend, maar kan even goed als de sociologische methode leiden tot een aanvaarden door inzicht van eigen onmacht. Omdat het recht in de logisch-analytische methode als het ware rechtstreeks in discussie treedt met de rechtsonderhorige, lijkt zij wel nauwer aan te sluiten bij de interne logica van een op individuën georiënteerd rechtssysteem.

29. In een poging een zo groot mogelijke Konzensfähigkeit te bereiken van een voorstel van criteria voor de beoordeling van de materiële rechtsbescherming, zal kort worden overlopen welke opvattingen vooral worden verdedigd. Daarbij wordt uitgegaan van een heel ruwe indeling van enkele rechtstheoretische of rechtsfilosofische stromingen (2), om achtereenvolgens na te

(1) Legitimering of legitimatie moet worden onderscheiden van de motivering of motivatie van een positiefrechtelijke oplossing: de motivatie betreft hier alleen de verantwoording van een oplossing binnen het regelsysteem zelf, dus op grond van positiefrechtelijke bepalingen.

(2) Zo zal o.a., omwille van de in nr. 25 genomen optie, de marxistische rechtsleer daarbij niet meer worden onderzocht.

gaan of het positief recht, rechten, waarden, dan wel belangen dient te beschermen bij het afdwingbaar stellen van aanspraken van rechtsonderhorigen.

a) rechten

30. Een dikwijls gehoorde opmerking wil dat het recht de rechten van de burgers dient te beschermen. Dit is ongetwijfeld zo wanneer 'rechten' in de positiefrechtelijke betekenis van de term wordt gebruikt. De opmerking betreft dan de formele rechtsbescherming. Eerder werd al herhaaldelijk gesteld dat een rechtssysteem dat de rechten die het toekent niet afdwingbaar kan maken, weinig bescherming biedt. Maar 'rechten' in de zin van door het positief recht beschermde aanspraken, ontlenen de rechtsonderhorigen alleen aan het positief recht. Of, anders geformuleerd: alleen het positief recht kan rechten toekennen. De 'legalistische' benadering laat daarom ten hoogste een interne kritiek van een rechtssysteem toe. Het wordt trouwens alleen behandeld als een rechtvindingsstechniek (1). Criteria voor de beoordeling van de keuze van beschermde aanspraken, of een beoordeling van buitenuit van de rechtsorde zelf, kunnen er in principe niet aan worden ontleend. Wel moet hier worden herinnerd aan een reeks situaties uit het grensgebied tussen de formele of procedurale, en de materiële rechtsbescherming. Zo moet bij een onderzoek van de rechtsbescherming worden onderzocht of positieve rechtsregels beantwoorden aan niet-gecontesteerde (en daarom als verwoording van te beschermen aanspraken geldende) andere, meer algemene positiefrechtelijke normen. Dit impliceert het toetsen van het

(1) BROEKMAN stelt zelfs dat het legalisme eigenlijk geen rechtstheoretische stroming genoemd kan worden, maar eerder omschreven moet worden als een geheel van opvattingen waartegen andere auteurs zich afzetten en dan samen als 'legalisme' worden aangeduid. Zie J. BROEKMAN, Recht en anthropologie, 2° hfdst.

recht aan grondwettelijke rechten en vrijheden (1), of internationaalrechtelijke regels die volgens de interne rechtsorde in een rechtsgebied van toepassing zijn (2). Dit leidt al tot een externe kritiek wanneer de regels uit één positief rechtssysteem getoetst worden aan andere regels die ook een positiefrechtelijk karakter hebben^{en} volgens hun eigen inhoud van toepassing zijn, maar die door de beoordeelde rechtsorde niet als zodanig worden erkend (3).

b) waarden

31. Velen zullen wellicht beamen dat het recht dient te beschermen wat zij voor zichzelf als een waarde beschouwen (4).

(1) Dit mag niet worden verward met de vraag naar de wenselijkheid van een rechterlijke controle op de grondwettelijkheid van de wet. In principe sluit dit in dat de toepassing van elke ongrondwettelijke regel, dus ook van een wet, geweerd moet kunnen worden. Maar het kan de wens van rechtsonderhorigen zijn dat de wetgever ten allen tijde autonoom een interpretatie kan geven aan de grondbeginselen van het recht, en daarbij dus niet gebonden is door de grondwet. Zie over het Belgisch recht terzake: J. DELVA, 'Overheidsaansprakelijkheid en legaliteitstoezicht 1971-1973', t. Best. 1975, p. 203, nr. 19.

(2) Zie over de prioriteit van het verdragsrecht op het intern recht, Cass. 27 mei 1971, R.W. 1971-1972, kol. 424, J.T. 1971, p. 460; Cass. 14 januari 1976, R.W. 1975-1976, kol. 1745 met concl. adv.-gen. Dumon.

(3) Dit probleem kan zich bijv. stellen bij elk internationaal privaatrechtelijk geschil zoals treffend wordt uitgedrukt in de term conflit de lois. Het rijst ook bij de beoordeling van regels die vastgesteld worden door internationale organismen en volgens deze organismen een algemene toepassing dienen te krijgen, maar die niet door alle staten in hun nationaal recht werden geïncorporeerd en ook internationaalrechtelijk niet afdwingbaar zijn. Bijv. resoluties van de algemene vergadering van de U.N.O.

Wanneer alle betrokkenen een bepaalde norm als waarde erkennen, en ook voor zichzelf beslissen de verwezenlijking ervan na te streven (1), kan men die waarde of norm zeker als een door het positief recht te beschermen aanspraak bestempelen in de hier gekozen optiek. Maar zoals in nr. 27 werd aangestipt, mag men er bij de beoordeling van het positief recht niet van uitgaan dat er een consensus over bepaalde waarden bestaat, of dat bepaalde normen objectief voor iedereen gelden (2). Een regel geldt slechts als afdwingbare regel wanneer hij geldt als een regel van positief recht. Elke regel die geen regel van positief recht is, heeft geen enkele intrinsieke aanspraak op afdwingbaarheid, en geldt slechts als een persoonlijke stellingname van de auteurs. Iedereen dient er daarbij in eerste instantie rekening mee te houden dat anderen daar elk denkbaar ander standpunt - hoe onredelijk ook - tegenover kunnen plaatsen. Pas bij de toetsing van de weerhouden positiefrechtelijke regel, kan worden onderzocht welke stellingname de voorkeur verdient volgens wie de rechtsregel beoordeelt, wanneer het niet mogelijk blijkt de verschillende gedragspatronen zich zonder afdwingbare regeling naast elkaar te laten ontwikkelen. Er is wel een voortdurende

(4) Ook RAWLS gaat er bij het ontwikkelen van A theory of Justice - waarbij niet op de eerste plaats op een waardenconsensus wordt gesteund - van uit dat de partijen die samen de grondslagen van een rechtsorde zouden ontwikkelen in wat RAWLS als the original position aanduidt, redelijk zijn (d.i. zo efficiënt mogelijk hun belangen wensen te beschermen), niet bewogen worden door naijver (of het schaden van de belangen van anderen, zelf niet als een na te streven belang beschouwen), en bekwaam zijn tot een moreel aanvoelen in die zin dat zij zich gebonden achten door een zelf gemaakte afspraak. Zie J. RAWLS, A theory of Justice, London 1973, p. 142-145.

(1) Het erkennen van een waarde impliceert immers niet automatisch dat men de waarde ook realiseren wil. Zie o.a. J. RAWLS, o.c., p. 145.

(2) Zie in een andere zin F. VAN NESTE, 'Fundamenten van het recht', T.P.R. 12 (1975), p. 821 en 833.

wisselwerking tussen 'waarden' en 'recht'. Waarden zullen belangrijke argumenten zijn om de geadresseerde van een rechtsregel die de waarde overneemt, te overtuigen van de aanvaardbaarheid van die regel. Maar deze waarden gelden toch alleen als norm voor de organisatie van het samen leven, door bemiddeling van een regel van positief recht. Dikwijls komen zij trouwens alleen tot uitdrukking in het argumenteren van deze regels (1). Het beoordelen van het recht door te onderzoeken of bepaalde waarden erdoor worden bekrachtigd, plaatst daarom een filter tussen de rechtsregel die wordt beoordeeld en de aanspraken van de rechtsonderhorigen waarvan de bescherming moet worden nagestreefd.

32. Als uitgangspunt wordt ook genomen dat alleen de aanspraken die als waarden worden erkend (door wie?) op bescherming aanspraak kunnen maken. Dit veronderstelt dat er een overeenstemming bestaat tussen de waarderingen van rechtsonderhorigen over de vraag welke aanspraken als maatschappelijke waarde worden erkend (of moeten erkend worden). Het impliceert ook dat het recht alleen die aanspraken beschermen kan, die volgens een voldoende ruime consensus van voldoende algemeen belang zijn, om als maatschappelijke waarde te worden erkend. Het begrip 'waarde' eist immers een meer algemene relevantie van een stelling, dan het begrip 'aanspraak'. Om te vermijden dat een effectief normerende werking zou worden toegekend aan stellingen die daarop niet rechtstreeks aanspraak kunnen maken, en om te vermijden dat de indruk zou ontstaan dat het positief recht alleen objectieven van een voldoende algemeen belang kan nastreven, lijkt het daarom minder aangewezen het recht alleen vanuit

(1) Zie o.a. LLOYD of HAMPSTEAD, o.c., p. 511 en vnl. voetnoot 78. Dit geldt ook voor mensenrechten, rechten van werknemers of ontwikkelingslanden. De terzake geldende waarden zijn dikwijls pas gearticuleerd bij de voorbereiding of de interpretatie en toepassing van positiefrechtelijke teksten.

'waarden' te beoordelen (1).

c) belangen

33. Het 'gefilterd' of 'gepreselechteerd' beoordelen van de mate waarin een rechtssysteem de aanspraken van rechtsonderhorigen beschermt, kan worden vermeden door na te gaan in welke mate een systeem de belangen van de betrokkenen beschermt. Met belangen wordt daarbij bedoeld: elke aanspraak op een handelen of niet-handelen van anderen (dus ook op goederen of zaken) die een rechtsonderhorige formuleert, wil formuleren, of zou kunnen formuleren (2). Een belang wordt door het recht beschermd wanneer het regelsysteem dat de samenleving organiseert in een bepaald gebied, de middelen waarover het beschikt om zich te

(1) Zie voor een overzicht van recente literatuur met een natuurrechtelijke strekking: J.M. BROEKMAN, Hedendaagse rechtsfilosofische literatuur, Leuven 1973, p. 19 e.v., en over de natuurrechtelijke opvatting van het recht als instrument om waarden te verwezenlijken verder o.a. H. COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2° uitg., Berlijn 1969, p. 198 e.v. Zie voor een korte bespreking van waarde-georiënteerde rechtstheoretische literatuur die daarin evenwel niet noodzakelijk de uiteindelijke opdracht van het recht ziet: W. VAN GERVEN, Het beleid van de rechter, p. 66 e.v., van theorieën die het recht beschouwen als een geheel van noodmaatregelen om essentiële waarden te beschermen in gevallen waar eigenlijk niet langer in een waarden-georiënteerd perspectief wordt gedacht, idem, p. 73 e.v.

(2) Dit begrip 'belang' kan enigszins vergeleken worden met het begrip 'subjectieve waarde' zoals KELSEN dat omschrijft (o.c., p. 40 e.v.) omdat KELSEN het open laat of deze waarde door velen wordt geformuleerd, dan wel door iemand als zijn in het recht te realiseren belang wordt voorgehouden. Het denken vanuit 'belang' van de rechtsonderhorigen is trouwens niet onverenigbaar met het natuurrechtelijk denken, zoals wordt aangetoond door WELZEL, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit, p. 114 e.v. en 156 e.v., waar HOBBS en ROUSSEAU geciteerd worden in het natuurrechtelijk denken. Zie in deze zin ook R. FOQUE, o.c., p. 12, of met het waarden-georiënteerd denken: G.E. LANGEMEIJER, Inleiding tot de wijsbegeerte des rechts, 2° uitg., Zwolle 1970, p. 215 e.v. Zie verder over rechtstheoretische stromingen die gedacht worden vanuit het beschermen van het 'belang' van de rechtsonderhorigen zoals zij dat zelf zien, vooral het (sociaal) contractsdenken, en met name J. BENTHAM, An introduction to the principles of morals and legislation, p. 12-13; T. HOBBS, Leviathan, Pt. I, Ch. 14; R. POUND, Social control through law, p. 112 e.v. zoals geciteerd bij

.../...

handhaven, ter beschikking stelt om het respecteren van de regels die het belang beschermen, af te dwingen. Een zo beschermd belang wordt een (positiefrechtelijk) recht. Het niet eerbiedigen van aanspraken, of het indruisen tegen belangen, is een schade of een benadeling in hoofde van hem met wiens aanspraken geen rekening wordt gehouden. Maar deze schade is alleen een 'vergoedbare schade' of een in rechte 'objectief', door anderen als benadeling te erkennen (want als zodanig tegenstelbare) behandeling, wanneer een recht, en dus een in rechte erkend of erkenbaar belang werd geschonden.

34. Wanneer het recht beschouwd wordt als een instrument voor de bescherming van belangen, kan het beoordeeld worden in functie van ieders aanspraken. Dit impliceert dat elke aanspraak, hoe 'onredelijk' ook, in principe door het recht kan worden erkend. Dit kan niet alleen hen schokken die van oordeel zijn dat het recht de handhaving moet beogen van een buiten of boven het recht staand waardenpatroon (1). Deze stellingname neemt ook afstand van hen die van oordeel zijn dat het recht gekenmerkt wordt door een intrinsieke morele normering waaraan een regel moet beantwoorden wil men kunnen spreken van een rechtsregel (2). Vooral na de tweede wereldoorlog werd sterk behoefte gevoeld aan een waarden-georiënteerd rechtsdenken. Zo dwingt bijvoorbeeld de ommekeer in het denken van Radbruch (3) ook nu nog respect en aandacht af, als een waarschuwing om

(2) ./.. LLOYD of HAMPSTEAD, o.c., en ook J. RAWLS, o.c., o.a. p. 11. Dat het denken over het recht als confrontatie en coördinatie van belangen, niet eigen is aan het contractsdenken, blijkt niet alleen uit de eerder geciteerde passage bij POUND, maar ook uit R. VON IHERING, Der Zweck im Recht, 5^o uitg., Leipzig 1916, p. 226 e.v., en in dezelfde zin, maar minder uitgesproken, I. KANT, o.c., p. 116 e.v. en vnl. p. 128 e.v., en G.F. HEGEL, o.c., p. 223.

(1) Zie o.a. voor een bespreking van deze strekkingen C.I. FRIEDRICH, o.c., p. 42 e.v., LLOYD of HAMPSTEAD, o.c., p. 74 e.v., en ten dele ook F. VAN NESTE, o.c., p. 830 e.v.

(2) Zie LLOYD of HAMPSTEAD, o.c., p. 164 en vnl. L.L. FULLER, The Morality of Law, 2^o uitg., New Haven 1964, p. 38 e.v. en 96 e.v., en G. RADBRUCH, Rechtsphilosophie, p. 347 e.v. en vnl. p. 353.

(3) Zie hierover o.a. de inleiding van WOLF bij de eerder vermelde uitgave van de Rechtsphilosophie, p. 7 e.v. Zie ook H.L.A. HART, 'Positivism and the separation of law and morals', Harv. L.J. 71 (1958), p. 593 e.v., en L.L. FULLER, 'Positivism and fidelity to law - a reply to Prof. Hart', Harv. L.J. 71 (1958), p. 630 e.v., beide ook afgedrukt in LLOYD of HAMPSTEAD, .../...

in het rechtsdenken zelf de pas af te snijden voor elke vorm van door het recht gedulde vorm van ontmenselijking. Toch rijst de vraag of deze poging om in het positief recht zelf intrinsieke normen aan te wijzen die de objectieven bepalen of beperken die met regels van positief recht kunnen worden beoogd, niet voorbij gaat aan de eigen kenmerken van een positief recht. Elke politieke overheid die de macht heeft om in een bepaald gebied alleen de regels te laten gelden die zij duldt, omdat zij over de middelen beschikt om het naleven af te dwingen van de regels die zij stelt, kan de regels uitvoerdigen die zij wenst en hen regels van positief recht noemen (1). In het positief recht komt deze opvatting over wat positief recht is o.m. tot uiting, of wordt deze toestand o.m. erkend, in het begrip 'staat' zoals dit in het volkenrecht is omschreven (2). Dit kan uiteraard worden betreurd, maar het lijkt een onvermijdbaar gevolg van het feit dat het beschikken over macht als feitelijk gegeven, niet noodzakelijk afhankelijk is van de morele geoorloofdheid van de ermee nagestreefde objectieven. Toch hoeft dit niet te leiden tot de door velen gevreesde paradoxale situatie waarin men moreel gedwongen is iets te doen of te dulden wat men moreel ongeoorloofd acht, omdat het recht het zo bepaalt. De grondregel dat een rechtsregel moet worden nageleefd (3), is niet op de eerste plaats een ethische norm. Het is zelf een impliciete regel van positief recht, die een noodzakelijk element is van elke positiefrechtelijke regel. Het bestaan van een rechtsregel kan

(3) o.c., p. 240 e.v. en 243 e.v., en vnl. p. 247.

(1) Zie voor een uitvoerige behandeling van de kenmerken van regels van positief recht o.a. J. DABIN, Théorie générale, p. 19 e.v.

(2) Zie over het ius standi van een de facto regering in het volkenrecht o.a. D.P. O'CONNELL, La personnalité en droit international public, Rev. Gén. Dr. Int. Publ. 67 (1963), p. 15 e.v., en GEMMA, Les gouvernements de fait, Rec. Cours 4 (1924), p. 297 e.v.; maar ook in de omschrijving van de staat, als het meest klassieke volkenrechtssubject, is de effectieve regering of de mogelijkheid om de gestelde normen effectief af te dwingen, een van de belangrijkste kenmerken. Zie o.a. I. BROWNLIE, Principles of public international law, 2^o uitg., Oxford 1973, p. 74 e.v.; GUGGENHEIM, Lehrbuch des Völkerrechts, I, Basel 1948, p. 162 e.v.; OPPENHEIM's International law, 8^o uitg. door H. LAUTERPACHT, London 1955, p. 118 e.v.; Ch. ROUSSEAU, Droit international public, II, Paris 1974, p. 13 e.v. en p. 54 e.v.; G. SCHWARTZENBERGER, A manual of international law, 5^o uitg., London 1967, p. 55; I. SEIDL-HOHENVELDERN, Völkerrecht, 3^o uitg., Köln 1975, p. 130. Zie ook inzake erkenning van staten: E. SUY, Leerboek van het volkenrecht, III, Leuven 1973, vnl. p. 3 e.v.

(3) Zie ook eerder nr. 18.

daarom nooit op zichzelf een voldoende grondslag bieden om het gedrag dat die regel voorschrijft of duldt, ethisch geoorloofd te noemen. Het aanvaarden van een rechtsregel is, in tegenstelling tot het gedwongen zijn om een regel na te leven, altijd een individuele of collectieve morele beslissing die iedereen op morele gronden moet kunnen verantwoorden, en waarvoor men moreel verantwoordelijk is (1). Wanneer het recht, zoals in Nazi-Duitsland, gebruikt kan worden om praktijken te doen aanvaarden die velen op zichzelf ongeoorloofd achten, wijst dit wellicht eerder op een onvoldoende ontwikkeld moreel bewustzijn dan op een miskenning van de eigen kenmerken van het positieve recht (2). Om twee redenen werkt deze visie op het recht meer bevrijdend dan beklemmend. Uit de beperking van de draagwijdte van een rechtsregel volgt dat een rechtsregel op zichzelf nooit meer dan de fysische vrijheid van de rechtsonderhorigen kan raken: de vrijheid in de morele oordeelvorming kan er nooit door worden vernietigd, en wint in tegendeel aan inhoud (3). Ten tweede, is ook in deze visie, zowel als in

(1) Zie in deze zin ook S. AUSTIN, The province of jurisprudence determined etc., uitgegeven door H.L.A. HART, London 1971, p. 161 e.v., en vnl. 18 e.v.; H. KELSEN, Reine Rechtslehre, p. 68 e.v.; H.L.A. HART, The concept of law, Oxford 1961, p. 181 e.v., en inz. p. 201 e.v.; en de eerder vermelde bijdrage in Harv. L.J. 71 (1958), 593 e.v. en H.L.A. HART, Law, liberty and morality, Oxford 1962. Zie daarentegen voor een boeiende studie waarin een hechtere band tussen moraal en recht eerder vastgesteld en voorondersteld wordt dan wel als een essentieel kenmerk van het recht wordt genoemd: P. DEVLIN, The enforcement of morals, Oxford 1965, vnl. p. 86 e.v., en als uitgesproken kritiek op Hart: de eerder vermelde bijdrage van L.L. FULLER, Harv. L.J. 71 (1958), 670 e.v. en vnl. 655 e.v. Fuller vat, wellicht niet helemaal terecht Hart's stelling samen, als het beschrijven van het dilemma waarin meer geplaagd is wanneer een a-morele wet een morele verplichting creëert om iets immoreels te doen. Deze kritiek lijkt in ieder geval niet van toepassing op de in deze studie gevolgde redenering vermits hier wordt gesteld dat het bestaan van een rechtsregel in se geen morele verplichting tot naleven creëert.

(2) Zie in deze zin o.a. H.L.A. HART, Harv. L.J. 71 (1958), p. 593 e.v.

(3) De reductie in de in aanmerking genomen elementen, die plaats vindt wanneer een materie door het recht wordt geregeld omdat het recht moet bepalen welke gegevens in rechte relevant zijn voor het vinden van een juridische oplossing, moet m.i. in dezelfde zin worden beoordeeld (zie over het mechanisme van de reductie in het recht o.a. J.M. BROEKMAN, Recht en structuralisme, 2 (1973) Rechtsphilosophie en rechtstheorie, p. 10 e.v.) Door zelf te bepalen welke elementen in aanmerking genomen worden, kan een rechtsregel de te regelen situatie ten eerste open breken door met meer belangen rekening te houden dan de onmiddellijk-betrokkenen. Maar omdat de rechtsregel, zelfs al zou zij .../...

een meer natuurrechtelijke of waarderingsgeoriënteerde visie op het positief recht, bij een voldoende ontwikkeld moreel bewustzijn, een duidelijke waarborg ingebouwd tegen de gevolgen van de voorstelling waarbij op zichzelf door de betrokkenen als moreel ongeoorloofd beschouwde handelingen als moreel geoorloofd of zelfs geboden, worden voorgehouden door ze op te leggen of toe te laten in een regel van positief recht. Een dergelijke redenering is als rationeel argument voor het moreel legitimeren van een gedrag, in de context van de hier bijgetreden visie op het recht, evenmin houdbaar als in het kader van bijvoorbeeld Radbruch's of Fuller's opvattingen. En deze opvatting belet niet minder dan deze van Fuller of Radbruch dat een 'immorele' regel als regel van positief recht kan blijven gelden. Meestal zullen bepalingen van internationaal recht die van internationale openbare orde zijn, de geldigheid van sterk immorele rechtsregels afzwakken. Wanneer bepalingen uit het intern recht uitdrukkelijk stellen dat de rechter geen rekening mag houden met regels zoals deze in art. 2 en 3 van de universele verklaring van de rechten van de mens (1), is het onwaarschijnlijk dat de aanvaarding van de norm (2) nog formeel zal worden erkend als een voorwaarde voor de gelding van die norm. Maar in die gevallen zal wellicht evenmin rekening worden gehouden met de opvattingen van de rechter die op grond van Fuller's of Radbruch's stellingen voorhoudt dat een regel niet als regel van positief recht kan gelden. De mogelijkheid

(3) ./ op meer aanspraak maken, de betrokkenen alleen in hun gedrag kan raken, en met hun oogmerken alleen rekening kan houden in functie van een beoordeling van hun gedrag, mag bijvoorbeeld een veroordeling die in rechte wordt uitgesproken, nooit worden beschouwd als een globale vernietiging van het veroordeeld subject (een grenssituatie is hier het opleggen van de doodstraf, die wellicht daarom, ook op positiefrechtelijke gronden, met argwaan moet worden beoordeeld). Wanneer wie veroordeeld wordt dikwijls de indruk heeft dat zijn standpunt niet helemaal 'tot zijn recht' is gekomen, omdat voor hem wezenlijke aspecten niet werden beoordeeld, wijst dat soms meer op in het positief recht ingebouwde waarborgen voor het beschermen van de vrijheid van de rechtsonderhorigen, dan op een tekortkoming.

(1) o.a. het recht op leven zonder onderscheid volgens ras, geslacht, taal of godsdienst.

(2) 'aanvaarding' veronderstelt, in tegenstelling tot 'effectiviteit', een (vrije) instemming, en kan dus niet door dwangmaatregelen worden afgedwongen.

die Fuller en Radbruch aan de rechter geven om de toepassing van een regel op positiefrechtelijke gronden te weigeren, en dus om de regel niet toe te passen zonder gedwongen te zijn om ontslag te nemen, lijkt eerder theoretisch.

35. Wanneer het recht de belangen van de rechtsonderhorigen dient te beschermen zoals zij die zelf formuleren, of zouden kunnen formuleren, impliceert dit op de eerste plaats dat het recht de rechtsonderhorigen als rechtssubjecten of 'gesprekspartners' erkent, en hen de bevoegdheid toekent om aanspraken te formuleren en door het recht erkende handelingen te stellen (1).

36. Deze eisen gelden sterker naarmate meer belang wordt gehecht aan de aanvaarding van normen. Het aanvaarden van een regel betekent dat de regel wordt nageleefd, zonder dat dit uitsluitend onder dwang gebeurt. Elke rechtsregel dient de betrokkenen er daarom van te overtuigen dat de norm die erin gesteld wordt, verdient nageleefd te worden. Dit kan gebeuren omdat de inhoud van de regel zelf voor de betrokkenen redelijk lijkt, d.i. hun belangen dient, of omdat het rechtssysteem waartoe de norm behoort en waarin zij afdwingbaar wordt gesteld, globaal aanvaard wordt. Elke regel dient dus zo opgesteld te worden dat zij gericht is op het in evenwicht brengen of houden van de belangen van hen die de regel dienen na te leven, of tenminste zo dat de regel geen verzet oproept. Dit veronderstelt dat elke regel, of tenminste het rechtssysteem zo geformuleerd is, dat zij zijn gericht op het in evenwicht brengen of houden van de belangen van de rechtsonderhorigen. Dit ofwel om hen als redelijke maatregelen tot het naleven van de regels te overtuigen, ofwel om hen niet tot verzet te bewegen door hun belangen niet bovenmatig te schaden. Om iemand te overtuigen is het nodig hem als gesprekspartner te erkennen (2). In het klassieke contractsdenken (Hobbes, Locke, Rousseau), en ook bij Rawls, wordt vooral aandacht geschonken aan de aanvaarding van het bestaan van een rechtsorde, en de aanvaardbaarheid van de uitgangspunten of grondbeginselen van die rechtsorde.

(1) Zie over het rechtssubject eerder voetnoot onder nr. 10; zie over de bekwaamheid (tot het stellen van rechtshandelingen in het Belgisch recht: W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 141 e.v.

(2) Zie over het belang van het erkennen van de rechtsonderhorigen als gesprekspartners in het recht, wil het recht 'overtuigend' en dus efficiënt zijn, de bijzonder sprekende uiteenzetting van CH. PERELMAN, Traité de l'argumentation, 2^o uitg., Brussel 1970, p. 22 e.v., en ook TH. VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz, 5^o uitg., München 1974, p. 118 e.v.

Dit blijkt bij Rawls o.m. uit het funderen van een rechtsorde vanuit de in een 'original position' redelijkerwijze ingenomen standpunten (1). Hier werd eerder al gesteld, dat in rechtssystemen die de gewoonte contra legem kennen, volgens regels van positief recht eigenlijk elke regel afzonderlijk aan de vereisten van aanvaardbaarheid moet kunnen voldoen (2). Wanneer het recht de belangen van de rechtsonderhorigen dient te beschermen, lijkt het overigens aangewezen dit vereiste zoveel mogelijk aan elke regel te stellen. Alleen al omdat positieve rechtsregels ook van toepassing kunnen zijn op 'buitenlanders', of anderen waarop niet alle regels uit een rechtssysteem van toepassing zijn, of die zelf niet deel kunnen nemen aan de regelvorming (3), kan niet altijd worden volstaan met het funderen van een rechtsorde als zodanig. Het is ook niet redelijk te verwachten dat iemand goedschiks instemt met elke regel die overeenkomstig de daarvoor geldende bepalingen tot stand kwam, hoe belangrijk deze vorm van legitimatie van een rechtsorde ook is (4). Niets biedt waarschijnlijk meer waarborgen dan een ad hoc overeenkomst tussen hen die bij een handeling zijn betrokken. Een doortrekken van het rechtstheoretisch contractsdnken, volgens de lijnen van het privaatrechtelijk verbintenissenrecht, lijkt daarom wenselijk. Pas wanneer de complexiteit van een samenleving het niet langer mogelijk maakt om bij elke handeling hen te raadplegen die erdoor geraakt kunnen worden, is het noodzakelijk over voor veralgemening vatbare regels te beschikken. Maar deze regels moeten bij voorkeur

(1) Zie J. RAWLS, o.c., p. 11 e.v.

(2) Zie nr. 15.

(3) Zie in deze context de discussies over de politieke rechten van buitenlanders die in een land hun woonplaats en gewone verblijfplaats hebben; zie ook tal van problemen uit het internationaal belastingrecht die ontstaan wanneer aan iemand bepaalde verplichtingen worden opgelegd op grond van een regelsysteem terwijl de voordelen die dit systeem voorziet niet kunnen worden toegekend: bijv. het belasten van dividenden in situaties waarin het in het land waarin zij moeten worden aangegeven geldende belastingkrediet niet kan worden toegekend, of waarin de in het land waarin zij werden betaalbaar gesteld afgehouden voorheffing niet normaal kan worden verrekend.

(4) Het ligt zeker niet in de bedoeling om hier afbreuk te doen aan het belang van de vermelde legitimatiemethode. Zie over de eerste, waarbij eerder sceptisch wordt gehandeld om het recht te beoordelen vanuit algemene beginselen o.a. N. LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, Berlin 1969.

gelden krachtens de instemming van de betrokkenen, en pas wanneer ook dit niet haalbaar lijkt, afdwingbaar worden gesteld op gronden die vreemd kunnen zijn aan hun onmiddellijke inhoud. Daarbij kan worden opgemerkt dat het resultaat van het argumenteren van de aanvaardbaarheid van rechtsregels niet mag worden overdreven (in tegenstelling tot het belang ervan dat niet kan worden onderschat): wie een regel niet wil naleven zal niet vlug tot het omgekeerde worden overtuigd. Wat dan geargumenteed kan worden, is eigenlijk het voor de anderen aanvaardbaar maken of houden dat macht wordt aangewend om het naleven van de regel af te dwingen. Een rechtsorde valt wanneer de rechtsonderhorigen zelfs niet langer kunnen aanvaarden dat in naam van het recht tegenover andere rechtsonderhorigen macht wordt gebruikt.

37. Het erkennen van de bevoegdheid om aanspraken te formuleren en rechtshandelingen te stellen, is het toekennen van de vrijheid aan de rechtssubjecten, of het erkennen van hun vrijheid. Wanneer alle rechtsonderhorigen deze vrijheid moeten kunnen genieten, impliceert dit dat ieders vrijheid zijn grenzen vindt in de vrijheid van anderen. Dit, zoals het beginsel zelf dat de belangen van rechtsonderhorigen beschermd moeten worden zoals zij die belangen zelf formuleren of zouden kunnen formuleren, veronderstelt een erkennen van de principiële gelijkheid van rechtsonderhorigen. Beide beginselen, het vrijheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, lijken daarom de grondbeginselen te moeten zijn in elk rechtssysteem dat de belangen van de rechtsonderhorigen wil beschermen zoals zij die zouden kunnen formuleren.

38. Men mag aannemen dat elk redelijk denkend mens het vrijheidsbeginsel zal overwegen, telkens hij niet zeker is dat anderen zijn levenssfeer alleen maar zullen willen beïnvloeden op een wijze waarmee hij zich zal kunnen verenigen. Hetzelfde geldt voor het gelijkheidsbeginsel, voor iedereen die zich niet sterker weet dan vrijwel alle anderen. Deze voorwaarden om beide beginselen niet te aanvaarden, zullen haast nooit vervuld zijn. De beginselen zullen daarom wellicht alleen niet ingeroepen worden door wie daartoe de kennis of de energie missen. Maar juist dit zal voor anderen een reden zijn om in die gevallen een gemakkelijk te handhaven vrijheids- en gelijkheidsbeginsel noodzakelijk te achten (1). Dat ook

(1) Zie in deze zin, naast de in nr. 20 vermelde bronnen, vooral de twee 'principles of justice' (p. 60) en hun indrukwekkende argumentatie in RAWLS, o.c. Ook BARRY betwist in zijn kritiek op Rawls het principiële aanvaarden van deze uitgangspunten niet. .../...

vanuit een sterk verschillende rechtstheoretische visie tot vergelijkbare conclusies wordt gekomen, versterkt verder de overtuigingskracht van het vrijheids- en gelijkheidsbeginsel als grondbeginselen voor het beoordelen van een rechtssysteem (1).

39. Wel behoeven deze beginselen, zelfs als algemene toetsingsgronden, enige verduidelijking. Vermits over beide een zeer omvangrijke literatuur bestaat, wordt hier alleen een wat lapidaire omschrijving van beide voorgesteld.

40. Onder het vrijheidsbeginsel wordt hier verstaan:

- 1) het recht op lichamelijke integriteit en op de bevoegdheid in rechte op te treden (2);
- 2) het recht op een onschendbare woonplaats en de vrijheid om zich over het hele grondgebied van het rechtsgebied te bewegen, dit grondgebied te verlaten, en er terug te keren, tenzij de openbare veiligheid wegens het plegen van in het strafrecht opgesomde misdrijven, of het acuut gevaar dat die misdrijven gepleegd zullen worden, een vorm van hechtenis of huiszoeking noodzakelijk maakt, of een onbetwistbare en gevaarlijke vorm van krankzinnigheid een opsluiting onvermijdbaar maakt (3);
- 3) het recht op vrije meningsuiting en om ongecontroleerd met anderen te corresponderen of op een andere manier van gedachten te wisselen wanneer deze opvattingen of de wijze waarop zij worden verspreid niet strijdig zijn met de geldende wetgeving en de openbare orde (4);

(1) ./.. Hij lijkt eerder de uitwerking en de hiërarchisering van Rawls' beginselen te betwisten, waarbij deze principes een absoluut en rigied karakter krijgen dan Barry vanuit Rawls' 'original position' mogelijk of wenselijk acht. Zie B. BARRY, The liberal theory of justice, Oxford 1973. Ook het feit dat een welsluitende uitwerking van deze principes niet mogelijk zou blijken, belet m.i. nog niet het kiezen ervan als richting-aanwijzers bij een besluitvorming of de toetsing van een besluit.

(1) Zie bijv. F. VAN NESTE, T.P.R. 1975, p. 833 e.v.

(2) Art. 392 e.v. SWb en art. 8, 388 e.v. en 488 e.v. BW; art. 2 Europese Conventie; art. 1, 3 en 6 Universele Verklaring.

(3) (4) .../...

- 4) het recht om zich met anderen te verenigen en andere contracten te sluiten, op voorwaarde dat het voorwerp (of de oorzaak) van deze overeenkomsten niet strijdig is met de geldende wetgeving of de openbare orde (1), wat impliceert het recht om voor een bepaalde of onbepaalde duur het beschikkingsrecht te verwerven over bepaalde goederen (2);
- 5) het recht om op voet van gelijkheid deel te nemen aan de besluitvorming in een staat door voor alle openbare functies kiesgerechtigd en verkiesbaar te zijn, en door benoembaar te zijn voor alle openbare functies waarvoor anderen met vergelijkbare bekwaamheden benoemd kunnen worden (3);
- 6) het recht om vrij een functie in het productie- of distributiesysteem van goederen of diensten te kiezen, binnen een bestaande onderneming of openbare dienst, of als zelfstandige, of door samen met anderen een nieuwe onderneming op te richten overeenkomstig de geldende wetgeving (4).

Samengevat is dit de vrijheid om zich fysisch te bewegen, zich intellectueel te uiten, en aan zijn uitingen gevolgen te verbinden.

(3) Art. 7 en 10 GW; art. 5 en 8 Europese Conventie van 4 november 1950, W. 13 maart 1955, B.S. 19 augustus 1955; art. 9, 12, 13, 14 Universele Verklaring van de rechten van de mens, 10 december 1948.

(4) Art. 14 en 20 GW; art. 9, 10 en 11 Europese Conventie; art. 18 en 19 Universele Verklaring.

(1) Art. 20 GW. Zie ook onder nr. 26; art. 11 Europese Conventie; art. 20 Universele Verklaring.

(2) Art. 11 GW; art. 17 Universele Verklaring.

(3) Art. 25 e.v. GW; art. 21 Universele Verklaring.

(4) Zie punt 4 en art. 7 decreet 2-17 maart 1791 (Wet d'Allarde); art. 4 Europese Conventie; art. 4 en 23 Universele Verklaring.

41. Met het gelijkheidsbeginsel wordt hier bedoeld:

- 1) de principiële gelijkwaardigheid van alle mensen, als principe bij het toetsen van hun concrete behandeling (1);
- 2) de verplichting tot het respecteren van een volstreekte gelijkheid in gelijke omstandigheden, en tot een vergelijkbaar behandelen van mensen in vergelijkbare omstandigheden in functie van de mate waarin de omstandigheden vergelijkbaar zijn of verschillen (2).

42. Veel verder dan een begin van uitwerking van deze beginselen kan men niet gaan, zonder de veralgemeenbaarheid van het gestelde sterk aan te tasten. Daarom wordt na de voorgaande overwegingen als werkwijze voor het beoordelen van de (materiële) rechtsbescherming die door een rechtssysteem geboden wordt, idealiter het volgende voorgesteld:

- 1) onderzoeken of een positiefrechtelijke regeling de belangen van de rechtsonderhorigen raakt, wie de rechtsonderhorigen en welke de belangen zijn, en hoe zij worden geraakt;
- 2) onderzoeken of de regeling het resultaat is van een uitdrukkelijke of stilzwijgende maar niettemin voldoende duidelijke overeenkomst tussen al de partijen die in een bepaalde situatie een tegengesteld belang hebben;
- 3) zo niet,
 - a) onderzoeken of de door de regeling veroorzaakte schade niet gedeeltelijk, geheel of meer dan gecompenseerd wordt door een aan dezelfde benadeelden verleende bescherming, en daarbij zo mogelijk nagaan of deze bescherming door hen al dan niet gewenst wordt;
 - b) onderzoeken of de door de regeling veroorzaakte schade

(1) Art. 6 en 6bis GW; art. 14 Europese Conventie; art. 1, 2, 7 Universele Verklaring.

(2) Zie over deze zgn. gulden regel: G.E. LANGEMEIJER, Inleiding, p. 209 e.v.; CH. PERELMAN, Justice et raison, Brussel 1963, 2^o uitg., p. 9 e.v.; zie art. 6 GW, en voor corrigerende toepassingen in de economische sfeer: R. ANDERSEN; 'L'égalité des citoyens devant la loi dans la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux d'annulation', R.J.D.A. 1972-1973, 81 e.v. en o.a. p. 88; en verder, voor het Belgisch (economisch) recht: W. VAN GERVEN, S.E.W. 1971, p. 40 e.v. en J. STEENBERGEN, R.W. 1975-1976, kol. 2312-2313, voetnoot 11.

niet gedeeltelijk, geheel of meer dan gecompenseerd wordt door een aan anderen verleende bescherming, en daarbij nagaan of deze verdeling berust op een belangenafweging waarbij rekening werd gehouden met het vrijheids- en het gelijkheidsbeginsel zoals omschreven onder nrs. 40 en 41, waarbij o.m. onderzocht kan worden of de benadeling resulteert uit het voor anderen beschermen van al door de benadeelden genoten voordelen, waarvan de benadeelden geen afstand wensen te doen of waarvan het verzaken voor de benadeelden zou worden gecompenseerd door andere, voor de door de regeling begunstigde rechtsonderhorigen eveneens onbeschikbare voordelen;

- 4) a₁ in alle niet onder 2 bedoelde situaties onderzoeken of de regeling berust op een voldoende ruime consensus binnen een groep waartoe ook de benadeelden behoren, of die op andere gronden bevoegd was om de regeling vast te stellen, en tot stand kwam overeenkomstig het vrijheids- en het gelijkheidsbeginsel zoals omschreven onder nrs. 40 en 41,
- a₂ waarbij kan worden nagegaan of het tot stand komen van een recente regeling, of vooral de toepassing van een oudere regeling al dan niet aanleiding gaf of geeft tot controversen tussen de belanghebbenden zelf, of tussen hen die, zoals de hoven en rechtbanken, belast zijn met het beslechten van hun conflicten;
- b₁ onderzoeken of de benadeelden in al de gevallen waarin een regeling niet tot stand kwam volgens de onder a₁ vermelde voorwaarden, zich kunnen verzetten tegen de toepassing van die regeling volgens procedures die voldoen aan de in § 1 opgesomde voorwaarden,
- b₂ en of zij die geschillen tussen de belanghebbenden op een tegenstelbare wijze dienen te beslechten, op grond van billijkheidsoverwegingen af kunnen zien van de toepassing van regels die aanleiding geven tot de onder a₂ bedoelde controversen.

Afdeling II. De studie van de rechtsbescherming bij ondernemingen in moeilijkheden in het economisch recht

§ 1. Een begripsomschrijving van het economisch recht

1) indeling van de gangbare definities

43. Jacquemin en Schrans (1), Farjat (2), Van Gerven (3), en Van Ryn en Heenen (4), delen de talrijke definities die al van het economisch recht werden gegeven (5), in als volgt:

a) definities van het economisch recht als rechtstak:

a₁ beperkte definities die vooral aandacht besteden aan de regels die micro-economische verhoudingen regelen (6);

- het economisch recht als geheel van rechtsregels betreffende de onderneming, waarbij de regels inzake de globale organisatie van de economie buiten beschouwing worden gelaten (7).

a₂ beperkte definities die vooral aandacht besteden aan de regels die macro-economische verhoudingen beheersen;

(1) A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, Le droit économique, Que sais-je?, nr. 1383, Paris 1974, p. 84 e.v.

(2) G. FARJAT, Droit économique, Paris 1971, p. 14 e.v.

(3) W. VAN GERVEN, Beginselen van Belgisch Privaatrecht, XIII Handels- en economisch recht, deel I Ondernemingsrecht, Antwerpen/Amsterdam 1975, p. 3 e.v.

(4) J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, p. 4 e.v.

(5) Het bestaan van een groot aantal definities van het economisch recht mag niet laten vergeten dat het begrip elders, zoals in het Verenigd Koninkrijk, haast volkomen onbekend is. Zie bijv. T. DAINITH, Public law and economic policy, J.B.L., 1974, p. 21. Zie ook voor Scandinavië: U. BERNITZ, Harmonisation et coordination de la législation du marché, R.T.D.Com. 1971, p. 16.

(6) Zie over het onderscheid tussen micro- en macro-economische verhoudingen in het economisch recht o.a. FARJAT, o.c., p. 15 en 416 e.v.

(7) G. FARJAT, o.c., p. 15.

- In België, Frankrijk en Italië wordt het economisch recht dikwijls omschreven als het geheel van regels die de staat toelaten het economisch leven rechtstreeks te beïnvloeden (1).
- In Duitsland wordt een gelijkaardige omschrijving gegeven van het Wirtschaftsrecht als het Recht der Wirtschaftslenkung (2) waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen het economisch grondslagenrecht (Wirtschaftsverfassungsrecht) en het economisch administratief recht (Wirtschaftsverwaltungsrecht), tussen het allgemeines en het besonderes Wirtschaftsrecht of tussen het funktionelles (ruilverkeer en algemene organisatie van de economie) en het sachliches of sectoriële economisch recht.
- In Nederland wordt de term sociaal-economisch recht vrij algemeen aanvaard, waaronder het geheel van voorschriften wordt verstaan die rechtstreeks of middellijk de economische verhoudingen op de markt beogen te beïnvloeden. Daarbij wordt vooral gedacht aan de voorschriften die uitgaan van de centrale overheid, publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties en met overheidsgezag beklede rechtspersonen (3). Deze definitie wordt nochtans niet overgenomen door Schouten (4) en door Veldkamp. Veldkamp maakt weliswaar geen bezwaar tegen de door Mulder voorgestelde afbakening van het sociaal-economisch recht, maar geeft eerder de voorkeur aan de term economisch recht (5).

(1) Zie A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., voor België p. 60, voor Frankrijk p. 52, voor Italië p. 69, in synthese p. 85; G. FARJAT, o.c., p. 14; G. SCHRANS, Overzicht van het economisch en financieel recht, in Economisch en Financieel Recht Vandaag, Gent 1972, p. 12, en van dezelfde auteur: Inleiding tot het Europees economisch recht, Gent 1969, p. 2.

(2) G. RINCK, Wirtschaftsrecht, Köln enz. 1972, p. 1; en A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., p. 63 waar deze definitie nochtans eerder tot de ruime definities wordt gerekend.

(3) Zie A. MULDER en R.A.A. DUK, Schets van het sociaal-economisch recht in Nederland, Zwolle 1972, p. 39 e.v., die ook verwijzen naar Valkhoff en VerLoren van Themaat.

(4) Zie MULDER en DUK, p. 43.

(5) G. VELDKAMP, De begrippen sociaal recht, economisch recht en sociaal-economisch recht, S.E.W. 1968, p. 608 met noot VerLoren van Themaat. Zie verder ook P. VERLOREN VAN THEMAAT, Arbeidsrecht en economisch recht: een tussenoordeel in de vorm van een drieluik, in Recht als instrument van behoud en verandering, opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M.M. van der Ven, Kluwer, Deventer 1972, p. 265 e.v.

a₃ ruime definities die rekening houden met regels die macro en regels die micro economische verhoudingen regelen;

- Het economisch recht als het geheel van regelen betreffende het statuut en het instrumentarium van de onderneming bekeken op zichzelf en in relatie met andere ondernemingen waarop zij een beroep doet om haar doelstellingen te realiseren, en betreffende het handelen van ondernemingen en van de overheid op de markt (met uitzondering van de arbeidsmarkt), ten aanzien van elkaar of van andere marktdeelnemers (zoals consumenten, spaarders, beleggers, e.a.) of ten aanzien van het marktmechanisme als zodanig met als doel of gevolg het beïnvloeden van het marktgebeuren (1).
- Het economisch recht als geheel van rechtsregels (publiekrecht en privaatrecht) die het economisch leven beheersen, en met name de productie en distributie van goederen regelen (2), of het recht van de economische organisatie en ontwikkeling waarbij aandacht wordt besteed aan privaat-, overheids- en gemengd initiatief (3), of het recht van de collectivisering en concentratie van de productiegoederen en de organisatie van de economie door particuliere en openbare instanties (pouvoirs privés et publiques, of het recht van de economische verhoudingen (4).
- Het economisch recht als ondernemersrecht (5).
- Het economisch recht als een uitbreiding van het handelsrecht (6). De omschrijving van het "droit des affaires" van Shapira (7) sluit hier nauw bij aan (8).

(1) W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 9. Van Gerven vat deze definitie samen als het geheel van het ondernemingsrecht (het vroegere handelsrecht of het geheel van regels betreffende het statuut en instrumentarium van de onderneming) en het marktrecht. Zie ook, met een andere onderverdeling waarin de regels inzake statuut van de onderneming en inzake het instrumentarium van de onderneming als afzonderlijke componenten van het economisch recht worden aangeduid samen met het marktrecht: W. VAN GERVEN, De begrippen handelsrecht, economisch recht en sociaal-economisch recht, S.E.W. 1970, p. 5.

(2) A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., inzake Frankrijk p. 57; G. SCHRANS, Overzicht, p. 14 e.v., Inleiding tot het Europees economisch recht, p. 2. In deze zin ook J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, p. 5.

(3) A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., inzake Frankrijk, p. 57.

(4) G. FARJAT, o.c., p. 14 en 415.

(5) A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., inzake Frankrijk p. 58, en in synthese p. 86; deze definitie wordt ook vermeld door G. SCHRANS, Overzicht, p. 9 en Inleiding tot het Europees economisch recht, p. 2.

(6) (7) (8) .../...

- Het economisch recht als een geheel van rechtsinstellingen die onderhevig zijn aan snelle wijzigingen en een brug vormen tussen het privaatrecht en het publiekrecht (1). Enigszins in dezelfde geest omschrijft Champaud het economisch recht als een nieuwe rechtsorde die beantwoordt aan de behoeften van een beschaving die nog in ontwikkeling is (2).

b) definities van het economisch recht als methode:

- Het economisch recht als hergroepering en synthese van regels die tot verschillende rechtstakken behoren, en bestudeerd worden vanuit het standpunt van wie een economische activiteit uitoefent, of die bestudeerd worden in hun economische consequenties. Deze opvatting wordt ondermeer verdedigd door Jacquemin en Schrans (3).

2) economisch recht als rechtstak of als methode?

44. Op de eerste plaats kan bij deze vraag worden opgemerkt dat zij geen keuze tussen twee antithesen opdringt. Wanneer het economisch recht als rechtstak wordt omschreven, dus als geheel van rechtsregels, is het meer dan waarschijnlijk dat het vormen, interpreteren, toepassen of bestuderen van deze regels een eigende methode vergt (4). Juist het feit dat het werken met

(6) Zie o.a. A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., p. 60 e.v. waar zij LIMPENS aanhalen, en p. 85; ook vermeld door G. SCHRANS, Overzicht, p. 12, en Inleiding tot het Europees economisch recht, p. 2.

(7) J. SHAPIRA, Le droit international des affaires, Que sais-je?, nr. 1465, Paris 1972, p. 17.

(8) Over het "droit des affaires", zie verder o.a. A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., p. 58.

(1) Zie A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., betreffende Italië p. 69.

(2) G. FARJAT, o.c., p. 15.

(3) A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., p. 86, 87 e.v.; zie ook inzake België p. 62 en inzake Italië p. 70; en G. FARJAT, o.c., p. 15 e.v.

(4) Zie o.a. G. FARJAT, o.c., p. 16.

deze regels een bijzondere ingesteldheid of bekwaamheid vraagt om de begrippen te hanteren en de belangen en waarden te beoordelen die aan bod komen in de rechtsverhoudingen waarop de regels van toepassing zijn, kan hen duidelijk van andere regelgroepen onderscheiden.

45. De praktische relevantie van dit onderscheidingscriterium is misschien groter dan deze van het feit dat zij zich tot een welbepaalde groep rechtsonderhorigen richten (hun toepassingsgebied ratione personae), of een duidelijk te omschrijven categorie rechtsfeiten tot voorwerp hebben (hun toepassingsgebied ratione materiae). Terwijl de twee laatste criteria vooral beslissen over de mogelijkheid om een groep regels van andere te onderscheiden, geeft de mate waarin een regelgroep een eigen methode veronderstelt, immers een aanduiding over de wenselijkheid van een dergelijk onderscheid (1). De praktische relevantie van een eigen methode als onderscheidingscriterium bij het omschrijven van een rechtstak neemt toe naarmate de onderliggende feiten van een juridisch probleem complexer worden, en een grondige analyse van de feiten daarom een meer centrale

(1) Voor FARJAT (o.c., p. 408-410 en 414 e.v.) dienen rechtsregels zich volgens elk van deze drie criteria van andere regelgroepen te onderscheiden om een rechtstak te vormen. Hij stelt immers dat men van een rechtstak kan spreken, wanneer sociale verhoudingen aanleiding kunnen geven tot specifieke processen. Dit impliceert dat vooral de vereiste van een bijzondere methode het groeperen van rechtsregels in een afzonderlijke rechtstak verantwoordt. Wanneer rechtsregels worden ingedeeld volgens de geschillen waarop zij van toepassing kunnen zijn, kunnen zij uiteraard ingedeeld worden naar hun toepassingsgebied ratione personae wanneer deze indeling overeenstemt met een mogelijke indeling van eventuele conflictpartijen, of naar hun toepassingsgebied ratione materiae wanneer deze indeling er ook een kan zijn van de inzet van eventuele conflicten. Maar deze indeling dreigt formeel en arbitrair te blijven wanneer de diverse geschillengroepen niet verschillen door intrinsieke kenmerken van de feiten waarop zij betrekking hebben, dus in de problematiek die zij oproepen. Een problematiek wordt gekenmerkt door de op bepaalde feiten inspelende belangen- en waardenpatronen. Indien het oplossen van conflicten en toepassen van bepaalde regelgroepen geen geëigende methode vergt omdat zij niet het beoordelen van een kenmerkend belangen- en waardenpatroon veronderstellen, zullen deze geschillen waarschijnlijk onvoldoende onderling verschillen om de specificiteit te verkrijgen die FARJAT vereist voor het omschrijven van een rechtstak.

plaats krijgt in ieder rechtsvormingsproces (1). Deze evolutie maakt een specialisatie onvermijdelijk. Om juristen toch toe te laten althans in bepaalde sectoren van het maatschappelijk leven een overzicht te verwerven in de verschillende aspecten van de feiten waaraan zij juridisch vorm moeten geven, kan het aanbeveling verdienen deze specialisatie in eerste orde te richten op de typische bekwaamheden en de ingesteldheid die vereist zijn voor het interpreteren van bepaalde problemen. Zij kan dan eventueel in tweede orde verder worden toegespitst op een formeel juridisch aspect van een categorie problemen (2).

46. Wanneer het economisch recht vooral wordt omschreven als een methode voor het bestuderen van rechtsregels die tot verschillende rechtstakken behoren, in hun economische consequenties (3), sluit dit evenwel niet uit dat bepaalde regels uitdrukkelijker dan andere de juridische neerslag van een economische politiek vormen, en daarom ook meer dan andere werden beïnvloed door de wisselwerking tussen recht en economie (4).

47. Dat vooral een bepaalde regelgroep de juridische organisatie van het economisch leven beoogt, en dus zeker in zijn economische consequenties bestudeerd dient te worden, houdt evenmin in dat andere regels geen economische consequenties hebben. Om de coherentie van het economisch beleid te bevorderen en ongewenste neveneffecten van regels die niet direct economisch geïnspireerd zijn, te vermijden, verdient het daarom aanbeveling de studie van de economische consequenties van het recht niet tot deze van het economisch recht te beperken (5). Vooral wanneer het economisch recht omschreven

(1) Over de plaats van de feiten in het rechtsvormingsproces, zie W. VAN GERVEN, Het beleid van de rechter, Antwerpen/Zwolle 1973, p. 130 e.v., en G. FARJAT, o.c., p. 402 e.v.

(2) Zie over de vereiste bekwaamheden voor het afwegen van de bij een concreet geschil betrokken belangen en waarden, en over de noodzaak van de bekwaamheid daartoe voor juristen, W. VAN GERVEN, Het beleid van de rechter, p. 137 e.v.; zie ook G. FARJAT, o.c., p. 428.

(3) A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., p. 90.

(4) Over deze wederzijdse beïnvloeding, zie o.a. A. JACQUEMIN, Economisch recht, dienaar van de economie?, in Economisch en Financiële Recht Vandaag, Gent 1972, p. 467 e.v.; en G. SCHRANS, Overzicht, p. 12 en 13; A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., p. 9 e.v.; R. HENRION, Le gouvernement de l'économie, J.T. 1965, p. 685 e.v.; P. VERLOREN VAN THEMAAT, Bedrijfs- en sociaal-economisch recht als probleemgebied, N.J.B. 1975, p. 164 e.v.

(5) G. FARJAT, o.c., p. 17. Zie in deze zin ook: P. VERLOREN VAN THEMAAT, N.J.B. 1975, p. 164 e.v., waar de economisch ge-
.../...

wordt als de nieuwe rechtsorde die beantwoordt aan de behoeften van een beschaving in ontwikkeling (1), mag het toepassen van de economisch rechtelijke methode niet beperkt blijven tot het economisch recht als rechtstak. Andere rechtstakken dreigen anders een verstarrend geheel van oud recht te worden, dat wel niet wordt opgeheven maar waarvan het toepassingsgebied voortdurend inkrimpt.

48. Men kan daarom stellen dat het economisch recht én als rechtstak én als methode omschreven kan worden, en dat beide opties elkaar noch uitsluiten, noch rechtstreeks in hun respectievelijk toepassingsgebied of omvang beïnvloeden. Telkens staat centraal het zoeken naar een kenmerkend belangen- en waardenpatroon in de voorliggende feiten en naar de vereiste bekwaamheden om die feiten juridisch te duiden. Ondanks de spilrol die de economisch rechtelijke methode zo speelt, laat alleen de omschrijving van het economisch recht als rechtstak toe ten volle voordeel te halen uit het toepassen van deze methode (2). Een voldoende scherp afgebakende rechtstak vergemakkelijkt het verder bestuderen van de wisselwerking

(5) ./.. oriënteerde studie van het recht ook wordt aanbevolen voor takken van het recht die de auteur niet tot het sociaal-economisch recht rekent. Cfr. infra, nr. ; zie ook W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 3.

(1) G. FARJAT, o.c., p. 15.

(2) SCHRANS, die het economisch recht samen met JACQUEMIN vooral als methode omschrijft (zie nr. 43), wijst erop dat hij het niet verantwoord acht de benadering van het economisch recht als rechtstak, die hij de kwantitatieve benadering noemt, geheel af te zonderen van de kwalitatieve benadering of de omschrijving van het economisch recht als methode. Enerzijds voert hij hiervoor als argument aan dat het weinig zin heeft het economisch (en financieel) recht alleen kwantitatief als een bepaald geheel van rechtsregels te omschrijven zonder de kwalitatieve kenmerken van deze regels te onderzoeken omdat zelfs bij het toenemen van het aantal economisch geïnspireerde regels het karakter van een regelgroep accentverschuivingen kan ondergaan. Dit argument bevestigt de in de vorige alinea vermelde opvatting dat de aanwezigheid van kwalitatieve verschillen die tot uiting komen in de behoefte aan een geëigende methode, een van de criteria is die het afzonderen van een regelgroep als afzonderlijke rechtstak kunnen verantwoorden. .../...

tussen recht en economie en de eigen rechtsbeginselen die deze wisselwerking normeren. Het systematiseren van een dergelijke rechtstak waartoe die studie leiden kan, betekent een belangrijk hulpmiddel bij het nastreven van een grotere coherentie in de toepassing van het economisch recht en bij het tot stand komen van nieuwe reglementeringen (1).

3) een ruime of een beperkte definitie

49. Het onderscheid tussen de ruime en de beperkte definities die van het economisch recht worden gegeven, volgt meestal uit het onderscheid tussen de macro en micro economische verhoudingen (2). Beide aspecten van het economisch leven kunnen voldoende worden onderscheiden om hen afzonderlijk te bestuderen (3). Maar hun onderlinge wisselwerking blijkt te groot te zijn om hen volledig te scheiden, en het ene aspect dus zonder enige notie van het andere te onderzoeken (4). Het hoeft dus niet te verwonderen dat ook al kunnen de rechtsregels die de macro-en deze die de micro-economische verhoudingen organiseren worden onderscheiden voor het inventariseren van het economisch recht, bij de oplossing van een concreet probleem

(2) ./.. En anderzijds stelt hij dat ook "de kwalitatieve incidentie van het economisch en financieel recht niet met nauwkeurigheid kan worden waargenomen, indien (...) men niet vooraf poogt het eigen (kwantitatief) gebied van het economisch recht te bepalen" (G. SCHRANS, Overzicht, p. 13 en 14).

(1) Over de behoefte hieraan, zie W. VAN GERVEN, S.E.W. 1971, p. 427 e.v. Zie verder ook nr. 121.

(2) Zie over dit onderscheid o.a. J.E. ANDRIESSEN, Economie in theorie en praktijk, 3^o uitg., Amsterdam/Brussel 1968, p. 29 en 51; P.A. SAMUELSON, Handboek van de economie, Aula nrs. 350 en 351, Utrecht 1969, II, p. 15 e.v.; en over het doorvoeren van dit onderscheid in het recht: G. FARJAT, o.c., p. 15 en 416 e.v.

(3) Zie o.a. J.E. ANDRIESSEN, o.c., p. 29.

(4) Zie bijv. P.A. SAMUELSON, o.c., II, p. 16.

dikwijls met bepalingen uit beide regelgroepen rekening moet worden gehouden (1). De economische kwalificatie van rechtsregels die economische verhoudingen organiseren is bovendien niet altijd duidelijk. Sommige juridische instrumenten, zoals de prijzenreglementering, kunnen zowel bij het voeren van micro als bij het voeren van een macro economische politiek worden aangewend (2). Dit geldt zelfs voor meestal sterk sectoriëel gerichte reglementeringen zoals het vestigingsrecht, wanneer het harmoniseren van het vestigingsrecht beschouwd wordt als voorwaarde voor het verwezenlijken van een gemeenschappelijke markt. Daarom komt het niet wenselijk voor bij het definiëren van een rechtstak te steunen op deze economische begrippen.

(1) Zie o.a. A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., p. 102-103; G. SCHRANS, *Le rôle du juge commercial en présence de problèmes économiques*, B.R.H. 1970, I, p. 417-419; J. VAN DER GUCHT, *De economische jurisdictie of rechtbank*, B.R.H. 1972, II, p. 295-300, met voorbeelden ontleend aan het mededingingsrecht en faillissementsrecht; - zie in dit verband verder het onderscheid tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke werking van "wirtschaftsverfassungsrechtliche" regels in W. VAN GERVEN, S.E.W. 1971, p. 404 e.v.; - en zie inzake de lacunes die kunnen ontstaan in een rechtsstelsel wanneer regels die door hun inhoud verschillende typen rechtsverhoudingen raken, slechts op deze van een bepaald type worden toegepast, de problematiek rond de tegenstelbaarheid van grondwettelijke rechten en vrijheden tussen particulieren: zie o.a. J. BOESJES, *De horizontale werking van grondrechten*, N.J.B. 1973, p. 905 e.v.; J. SCHWABE, *Drittwirkung und kein Ende*, N.J.W. 1973, p. 229 e.v.; W. VAN GERVEN, S.E.W. 1971, p. 412-414.

(2) Zie o.a. P.A. SAMUELSON, o.c., I, p. 352 inzake macro-economisch beleid en II, p. 32 e.v. en 366 e.v. inzake micro-economisch beleid.

50. Wanneer men bij twijfel een regel tot het macro-economisch recht rekent, loopt het onderscheid in macro- en micro economisch recht vrijwel parallel met de klassieke indeling in publiek recht en privaatrecht. Maar evenmin als het onderscheid tussen de micro- en de macro-economie een bevredigend criterium biedt bij het omschrijven van het economisch recht, lijkt het bij het opteren voor een meer juridisch criterium wenselijk uit te gaan van de indeling in publiek recht en privaatrecht. Juist in de economische sector doet de overheid immers in toenemende mate beroep op privaatrechtelijke technieken bij het uitvoeren van haar beleid, en trekt zij een aantal diensten tot zich die vroeger alleen door particulieren werden verzekerd (1). Anderzijds neemt de vat van de grote private ondernemingen op het openbaar belang zo toe dat men bijna van instellingen van openbaar nut kan spreken (2).

51. Omdat bovendien de algemeenheid van de term economisch recht ertoe uitnodigt zoveel mogelijk al de regels die economische verhoudingen reglementeren, tot het economisch recht te rekenen, ontbreekt het niet aan argumenten die pleiten voor een ruime definitie (3). Het principiële opteren voor een ruime

(1) Zie o.a. G. FARJAT, o.c., p. 177 e.v. en p. 428;- L'ordre public économique, Paris 1963, p. 80 e.v.; J. VALKHOFF, Inleiding tot het sociaal-economisch recht in Nederland, Groningen 1964, p. 6 e.v.; W. VAN GERVEN, S.E.W. 1970, p. 5 en 1971, p. 422-425.

(2) Zie J.K. GALBRAITH, The new industrial state, New York 1968, p. 399 e.v.

(3) Zie o.a. A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., p. 87, die erop wijzen dat de auteurs die het economisch recht als rechtstak omschrijven meestal opteren voor een ruime definitie en er ook in Duitsland waar traditioneel de beperkte definitie werd gehanteerd, een tendens bestaat naar een bredere opvatting van het economisch recht (zie nochtans RAUSCHENBACH, Abgrenzung und neuer Inhalt des Wirtschaftsrechts, BB 1973, vnl. p. 813); W. VAN GERVEN, S.E.W. 1970, p. 5 en vooral p. 6 in fine;- zie nochtans A. MULDER en R.A.A. DUK, o.c., p. 35 e.v., 44 e.v., en P. VERLOREN VAN THEMAAT, Arbeidsrecht en economisch recht, p. 269 e.v., S.E.W. 1970, p. 419 en 420.

definitie sluit uiteraard niet uit dat binnen het economisch recht plaats blijft voor diverse onderverdelingen, noch dat ook een ruime definitie een afbakening behoeft. Een ruime omschrijving op grond van gemeenschappelijke kentrekken in de feiten waarop economisch recht van toepassing is, biedt eigenlijk de sleutel tot een verdere onderverdeling. Wanneer de samenhang behouden blijft die door de feiten gedictieerd wordt, vereist deze benadering immers het maken van verdere onderverdelingen telkens de feiten dit verantwoorden, ook wanneer dit de formeel juridische samenhang van de rechtstak verzwakt (1).

4) afbakening van het economisch recht als rechtstak

52. Na het voorgaande kan als uitgangspunt de definitie gelden van het economisch recht als geheel van rechtsregels die de economische activiteit regelen. Door een vrij algemeen aanvaarde definitie van de economie (2) te parafraseren wordt dit: het geheel van rechtsregels betreffende het maken van een keuze door individuen en gemeenschap, met of zonder het gebruik van geld, uit schaarse produktiemiddelen, inzake het in een bepaalde tijd produceren van goederen met het oog op hun distributie voor consumptie, nu en in de toekomst over

(1) FARJAT benadrukt het belang van een (voorafgaandelijke) globale benadering van het economisch recht omwille van zijn multidisciplinair karakter. Hij vreest dat wanneer elk aspect alleen bestudeerd wordt vanuit het gezichtspunt van de verschillende disciplines waarmee raakpunten bestaan en vanuit de regelgroepen waartoe bepaalde delen van het economisch recht kunnen worden gerekend, de oriëntatie van het economisch recht zelf goeddeels afhankelijk zal zijn van de verschillen in de aandacht die het krijgt van de betrokken specialisten. Zie FARJAT, o.c., p. 428.

(2) P.A. SAMUELSON, o.c., I, p. 25.

de verschillende individuen en groepen in de samenleving. Of korter: het geheel van rechtsregels betreffende de produktie en distributie van goederen, het presteren van diensten, en de consumptie.

53. Omdat de daarbij gebruikte begrippen telkens ruim moeten worden geïnterpreteerd, kan men hierbij meestal drie niveau's onderscheiden (1):

- 1) de keuze van verbruikers uit de goederen en diensten die worden aangeboden, om binnen de beperkingen van hun middelen hun behoeften te bevredigen (2);
- 2) de keuze van hen die goederen produceren en distribueren of diensten verzekeren (met inbegrip van overheidsorganismen) van deze goederen of diensten, hun produktiemethode of werkwijze, en van hen tot wie zij zich richten (3);
- 3) de beleidsvorming door de overheid die leiding wil geven aan de economische activiteit op beide andere niveau's.

54. Het recht organiseert de verhoudingen tussen mensen. Het economisch recht betreft dan ook normaal niet rechtstreeks de subjectieve aspecten van de diverse opties die het economisch leven (of de economische aspecten van het leven) kenmerken. Het organiseert de economische verhoudingen (4), die in principe meestal herleid kunnen worden tot ruiltransacties (5). De markt is het raakpunt waar vraag en aanbod elkaar ontmoeten (6),

(1) Zie o.a. J.E. ANDRIESSEN, o.c., p. 23.

(2) Vgl. A. MULDER en R.A.A. DUK, o.c., p. 35 b).

(3) Vgl. A. MULDER en R.A.A. DUK, o.c., p. 34 a).

(4) G. FARJAT, o.c., p. 415 e.v.

(5) Zie voor definitie van de economie waarbij het begrip ruiltransactie centraal staat: P.A. SAMUELSON, o.c., I, p. 44.

(6) J.E. ANDRIESSEN, o.c., p. 192;- A. MULDER en R.A.A. DUK, o.c., p. 34 e.v.;- P.A. SAMUELSON, o.c., I, p. 83.

en dus het theoretische veld waarin deze ruiltransacties gesloten worden. Het hoeft daarom niet te verwonderen dat verschillende auteurs het begrip markt hanteren bij het afgrenzen van de bepaling van het economisch recht (1). Mulder en Duk onderscheiden de ondernemersmarkt, de consumentenmarkt (vgl. 1° niveau) en de arbeidsmarkt. Voor de ondernemersmarkt maken zij verder een onderscheid tussen de markt waar de opeenvolgende schakels in een productieproces elkaar ontmoeten, en de markt waar deze schakels elkaar beconcurreren (vgl. 2° niveau). Arbeid is ongetwijfeld een economisch "goed" van bijzondere waarde. De organisatie van het aanwenden van arbeid, en vooral van arbeid in ondergeschikt verband, raakt evenwel zo intens het zelfverwezenlijkingsproces van de mens, dat het andere waarden oproept dan de organisatie van het goederenverkeer. Daarom lijkt het verantwoord het arbeidsrecht niet tot het economisch recht als rechtstak te rekenen, waarmee de omvang van dit begrip aanzienlijk wordt beperkt (2). Zoals eerder aangestipt sluit dit nochtans niet uit dat arbeidsrechtelijke bepalingen, en vooral de loonpolitiek, ook in hun economische consequenties bestudeerd moeten worden (3).

55. Wanneer het geheel van regels die de drie vermelde niveau's van economische activiteiten inzake de markt van goederen en diensten betreffen, vergeleken wordt met de definities die meestal van het economisch recht worden gegeven, valt op dat ook de ruime definities zich hoofdzakelijk op het productie- en beleidsniveau concentreren. Het regelen van de consumptie gebeurt trouwens meestal onrechtstreeks langs het reglementeren van de aanbodzijde of het beïnvloeden van de geldmiddelen waarover de gebruiker beschikken kan (kredietbeperking, loon- en

(1) Zie o.a. A. MULDER en R.A.A. DUK, o.c., p. 34 e.v.;- W. VAN GERVEN, S.E.W. 1970, p. 5;- zie voor een uitwerking van het begrip marktrecht, ongeveer te omschrijven als het mededingingsrecht sensu lato: U. BERNITZ, R.T.D.Com. 1971, 1 e.v.

(2) Zie W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 9.

(3) Zie o.a. A. MULDER en R.A.A. DUK, o.c., p. 47.

prijspolitiek, belastingspolitiek, reglementering van de kwaliteit van bepaalde produkten, verbod om bepaalde produkten vrij op de markt te brengen, etc.). Het strookt ook niet met het gangbaar rechtsgevoel de regels inzake het genots- en eigendomsrecht en de wijze waarop zij worden verkregen (dus de organisatie van het particulier patrimonium en de deelname van particulieren aan het economisch leven), tot het economisch recht te rekenen. Hetzelfde geldt voor regels betreffende het verzekeren van diensten zoals onderwijs, landsverdediging, etc. (1). In de volgende alinea's zal worden gepoogd na te gaan in hoeverre intrinsieke verschillen in de economische activiteit een nauwer afgrenzen van het economisch recht verantwoorden. Daarbij bemoeilijkt het naderen van criteria die golden voor het aflijnen van categorieën zoals handelsrecht/burgerlijk recht en privaatrecht/publiekrecht, die zelf vrij algemeen worden betwist, het beoordelen van de wenselijkheid van de meestal voorgestelde beperkingen. De centrale begrippen waar rond de recente definities de regels die zij tot het economisch recht rekenen groeperen, zijn de onderneming en de overheidstussenkomsten in het economisch leven.

56. Het behoeft wellicht geen betoog dat overheidsinterventies economisch recht kunnen creëren en, zoals elk overheidsoptreden door bepaalde regels moeten worden beheerst. Het economisch recht kan nochtans niet worden beperkt tot regels die resulteren uit het bijsturen van de economie, en regels die daartoe de vereiste instrumenten voorzien, ook al worden daarmee al zowel regels van micro als van macro economisch recht gegroepeerd. Om tot de ruime definities gerekend te kunnen worden, dienen ook de regels die de globale organisatie van het economisch bestel (Wirtschaftsverfassungsrecht) en van de werking van zijn componenten (o.a. ondernemingsrecht) beheersen, er toe te behoren. De omschrijving van het economisch recht als geheel van rechtsregels betreffende de organisatie van de economie en het beïnvloeden van economische verhoudingen, geeft anderzijds nog geen aanduiding over de afbakening van het economisch recht naar de aard van de economische activiteit (handelingen van particulieren, verzorgen van onderwijs, etc.).

(1) Zie o.a. W. VAN GERVEN, S.E.W. 1970, p. 5.

57. De keuze van het begrip onderneming als sleutelbegrip brengt een dubbele beperking aan in het begrip economisch recht zoals omschreven in de vorige alinea. Alleen de organisatie van de economie inzoverre deze de onderneming en de instellingen die het ondernemingsgedrag beïnvloeden, betreffen, en regels die het ondernemingsgedrag beïnvloeden behoren nog tot het economisch recht. Het begrip onderneming is zelf niet duidelijk omschreven, maar het wordt niet betwist dat daarmee als rechtssubject individualiseerbare eenheden bedoeld worden, die beroeps- of bedrijfsmatig betrokken zijn bij de produktie en distributie van goederen en het verzekeren van diensten (1). Dit houdt in beginsel een afgrenzing in t.o.v. de economische activiteiten van particulieren, en van de overheid inzoverre deze niet het ondernemingsgedrag beogen te beïnvloeden.

a) economisch recht en economische activiteiten van particulieren

58. De auteurs die het economisch recht definiëren, brengen op verschillende plaatsen een cæsuur aan tussen het toepassingsgebied van het economisch recht en "privaatrechtelijke"

(1) G. FARJAT, o.c., p. 85 e.v.;- W. VAN GERVEN, S.E.W. 1970, p. 5, en Ondernemingsrecht, p. 28;- zie ook in de rechtspraak van het Hof van Justitie: Hof v. Just., 13 juli 1962, Mannesmann A.G., zaak 19-61, Jurispr. 1962, p. 734, en daarna in dezelfde zin concl. adv.-gen. MAYRAS in zaak 127/73, BRT-SABAM, Hof v. Just., 27 maart 1974, besproken door J.A. VAN DAMME, S.E.W. 1974, p. 438;- zie in minder duidelijke bewoordingen: Hof v. Just., 6 maart 1973, Commercial Solvents/Commissie, zaken 6 en 7/73, Jurispr. 1973, p. 256, en de bestreden Beschikking van de Commissie nr. 72/457, 14 december 1972, Publ.E.G. L 299, p. 51, besproken door M.R. MOK, S.E.W. 1974, p. 541 e.v., en op het hier besproken punt vooral door B. BAARDMAN, De beschikkingspraktijk op mededingingsgebied van de Europese Commissie in de jaren 1971 en 1972, S.E.W. 1974, p. 739, 746 e.v. In het Belgisch recht is het begrip "onderneming" vooral ingevoerd via het arbeidsrecht, de wetgeving op de ondernemingsraden, in art. 14 W. 20 september 1948, zoals gewijzigd door de wet van 28 januari 1963 (B.S. 8 februari 1963), waar het begrip wordt omschreven als "technische bedrijfseenheid". Zie hierover o.a. J. PIRON en P. DENIS, De ondernemingsraden en de comité's voor veiligheid en hygiëne, Brussel 1972, p. 22 e.v.

marktdeelnemers, volgens de mate waarin zij het economisch leven beïnvloeden:

- wie het begrip onderneming aanwendt voor het afbakenen van het economisch recht, sluit alleen de particulieren uit inzoverre deze niet beroepsmatig deelnemen aan het economisch verkeer;
- Farjat, die zoals Galbraith (1) vooral de economie van de grote ondernemingen bestudeert, rekent in principe alleen ondernemingen die door een voldoende concentratie van produktiemiddelen worden gekenmerkt, tot het toepassingsgebied van het economisch recht;
- wie Mulder's definitie van het sociaal-economisch recht bijtreedt, rekent het recht dat de organisatie en de werking van de deelnemers aan het economisch leven beheerst, niet tot het economisch recht inzoverre het geen overheidsreglementeringen betreft die de verhoudingen op de markt beogen te beïnvloeden.

59. Bijzonder interessant zijn de argumenten die VerLoren van Themaat in navolging van Dooyeweerd ontwikkelt om de afbakening van het sociaal-economisch recht te verantwoorden (2). Hij acht het in samenhang bestuderen van de diverse rechtsgebieden die de economische activiteit raken, aanbevelingswaardig. Maar VerLoren van Themaat acht nochtans een duidelijk afwijzen van een principiële eenheid van het vennootschapsrecht en het contractenrecht met het sociaal-economisch recht van groot belang voor het behoud van vrije initiatieven op economisch gebied binnen een door de overheid bepaald kader. Deze bekommernis, die zelf een regel van economisch grondslagenrecht inhoudt (3), verdient alle aandacht. Toch kan de vraag

(1) Zie o.a. J.K. GALBRAITH, o.c., p. VII.

(2) VERLOREN VAN THEMAAT, Arbeidsrecht en economisch recht, p. 269, en bespreking van A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, Droit économique, in S.E.W. 1970, p. 419;- zie ook N.J.B. 1975, p. 162 e.v., waar de auteur nog herhaalt in grote trekken de stelling van Dooyeweerd bij te treden, maar toch de aandacht vraagt voor de wisselwerking tussen recht en economie in een groter aantal rechtstakken.

(3) Zie over het economisch grondslagenrecht: W. VAN GERVEN, S.E.W. 1971, p. 404 e.v. Zie ook nr. 40.

worden gesteld of de individuele vrijheid op de meest efficiënte wijze wordt beschermd door een duidelijk onderscheid te maken tussen het recht dat de overheidstussenkomsten in de economie beheerst, en het rechtsgebied van wat VerLoren van Themaat als de autonomiesfeer van de ondernemingen aanduidt. Vergt de intense wisselwerking tussen ondernemingen en de overheid (1) en de invloed van beide én op de individuele vrijheid én op het formuleren en vrijwaren van het algemeen belang, niet eerder dat ernstige waarborgen voor de individuele vrijheid ingebouwd worden in het recht dat de overheidstussenkomsten beheerst, en dat het recht dat de ondernemingen organiseert rekening houdt met de eisen die het algemeen belang stelt? Het is evenwel niet verwonderlijk dat wie in deze wisselwerking ook met het oog op de bescherming van de individuele vrijheid eerder argumenten vindt om geen fundamenteel onderscheid te handhaven tussen het ondernemingsrecht en het economisch publiekrecht, alleen de grotere ondernemingen tot het toepassingsgebied van het economisch recht rekent. Omdat de kleinere ondernemingen meestal geen deel hebben in de wisselwerking waarvan hier sprake is, liggen ook de behoefte aan individuele rechtsbescherming en aan bescherming van het algemeen belang anders. Maar het trekken van een grens tussen grote, deels marktbeheersende, ondernemingen en andere stelt heel wat problemen. Daarom verdient het misschien de voorkeur limitatief op te sommen welke ondernemingen volledig of in bepaalde opzichten buiten het toepassingsgebied van het economisch recht vallen omdat hun maatschappelijke invloed bijna niet van deze van particulieren verschilt (2).

(1) Zie bijv. J.K. GALBRAITH, o.c., p. 304 e.v., en vooral p. 314 e.v. en 399 e.v.

(2) Zie bijv. voor Duitsland, par. 4 HGB -Kleinkaufmänner- en art. 2083 van de Italiaanse Codice civile;- zie ook het forfaitair stelsel -art. 56 § 1 Wb BTW en K.B. nr. 2 van 7 november 1970- en het stelsel van de egalisatiebelasting -K.B. nr. 19 van 20 juli 1970- als uitzonderingsregime op het algemeen stelsel van de BTW. Zie ook over problemen terzake bij de evolutie van het vennootschapsrecht in Nederland: A.M. BRENNINKMEIJER, De rechtsvorm van de grote onderneming, de N.V. 1975, p. 10 e.v., .../...

60. Na het voorgaande blijft dan vooral het onderscheid te bespreken tussen het bedrijfs- of beroepsmatig handelen, en het (economisch) handelen van particulieren, in de zin van burgers, citoyens (1). Voor het doorvoeren of handhaven van een dergelijk onderscheid pleiten heel wat argumenten (2). Het meest pragmatische is wellicht dat uit de geringere deskundigheid die men vermoeden mag bij wie bepaalde handelingen niet beroepshalve stelt, volgt dat reglementeringen voor hen eenvoudiger moeten worden gehouden, dat de bewijslast bij voorkeur lichter dient te zijn (3), enz. Deze argumenten kunnen meestal worden herleid tot of gesteund op de meer rechtstheoretische opvatting dat de staat als georganiseerde samenleving, met de gezags- en machtsdelegatie die zulks in een democratisch bestel impliceert, bij het vervullen van de opdracht om in ieders belang het algemeen belang te dienen, desnoods strengere normen mag opleggen aan andere organisatievormen van de samenleving dan aan de rechtssubjecten die uiteindelijk elke positieve rechtsorde dragen. Deze grotere beperking van de vrijheid van handelen van ondernemingen of strengere reglementering van be-

(2) ./. en J.H. DERKSEN, Publicatieplicht in E.G. verband, een wereldvreemde en onwaarachtige benadering, de N.V. 1975, p. 2 e.v., en vnl. p. 5 e.v.

(1) Zie W. VAN GERVEN, S.E.W. 1971, p. 428.

(2) Zie over de rol van bedrijfsmatig karakter van de economische activiteit in het handelsrecht: BUKA EKA NGOY, Essai d'une étude critique et synthétique de la théorie de la commercialité en droit zaïrois à travers les droits belge et français, proefschrift K.U.Leuven, Leuven 1972, p. 98 e.v. en 394 e.v.

(3) Zie bijv. het vermoeden dat fabrikanten en handelaars de verborgen gebreken in een produkt kennen, W. VAN GERVEN, Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door produkten, S.E.W. 1970, p. 277 e.v.

roepsmatig handelen kan verantwoord worden. Wie beroepsmatig handelt vervult een dienstfunctie. Hij maakt anderen van zich afhankelijk door het professioneel, dit is o.m. het in de context van het geheel van de maatschappelijke behoeften te beoordelen deelfunctie vervullend karakter, van zijn handelen. Door het enigermate monopoliseren van die dienstfunctie verkrijgt hij een machtspositie. Deze macht, en de onderlinge afhankelijkheid waar zij op berust, nemen toe naarmate de grotere complexiteit van de samenleving een verder doorgevoerde taakverdeling onvermijdbaar maakt (1). De organisatie van een democratische rechtsstaat vergt dan niet alleen mechanismen die elke machtsuitoefening door de overheid indijken binnen de grenzen van de uitoefening van een rechtstreeks aan de rechtssubjecten ontleend overheidsgezag. Zij veronderstelt even goed waarborgen tegen het misbruiken van de macht die gedelegeerd is aan, of althans berust bij ondernemingen en beroepsbeoefenaars, als waarborgen voor het vrijwaren van hun rechten.

61. Deze argumenten pleiten vooral voor het handhaven van een onderscheid tussen het economisch recht en de regels die de deelname van particulieren aan het economisch leven organiseren (2). Zij gelden minder ten aanzien van de overheidsbepalingen (Wirtschaftsverwaltungsnormen) die het verbruikersgedrag beogen te beïnvloeden. Economisch politieke maatregelen die rechtstreeks tot de verbruikers gericht worden, zijn trouwens zoals eerder aangestipt werd, eerder zeldzaam. Alleen dit pleit al tegen het afzonderen van deze bepalingen van de reglementeringen die het verbruikersgedrag onrechtstreeks beïnvloeden langs een reglementering van bedrijfsmatige deelnemers aan het economisch leven.

(1) Zie over de rol en de macht van deskundigen bijv. K. PEETERS en J. STEENBERGEN, Wetenschap, universiteit en democratie in een technologische samenleving, Academische Tijdingen K.U.Leuven, februari 1971, p. 26 e.v., vnl. p. 28.

(2) Organisatie van hun patrimonium, algemeen verbintenissenrecht, enz.; zie voor de kleine ondernemingen, nr.

b) economisch recht en economische activiteiten van de overheid

62. Het is niet zo eenvoudig het domein van de overheidsinterventies in het economisch leven te omschrijven, omdat in principe elke positiefrechtelijke regel als vorm van overheidsinterventie kan worden opgevat. De overheid komt in het economisch leven als normsteller tussen bij het voeren van een economisch beleid, en neemt er ook als rechtssubject aan deel zoals particulieren en ondernemingen als koper, verkoper, etc.

63. Beide vormen van overheidsoptreden zijn niet altijd duidelijk te onderscheiden. Een conjunctuur politiek kan bijvoorbeeld het volume van de overheidsuitgaven aanwenden als instrument bij het voeren van een macro economische politiek (1). Bij veel vormen van overheidsoptreden heeft evenwel alleen de financiële weerslag van een beslissing duidelijke economische consequenties. Daarom kan het dikwijls volstaan naast de rechtsregels die beogen in te grijpen in het economisch leven, alleen de wijze waarop de financiële weerslag van andere beslissingen in het fiscaal recht wordt verdeeld over de rechtsonderhorigen, tot het economisch recht te rekenen, en de begrotingspolitiek verder vooral als een onderwerp van economische analyse te beschouwen. Regels die naast een ingrijpen in het economisch leven ook uitdrukkelijk andere objectieven nastreven (2) zullen telkens wanneer daartoe aanleiding bestaat, zoals bij het bepalen van de bevoegdheidssfeer van economisch rechtelijke organen, afzonderlijk worden onderzocht.

64. Als normsteller creëert de overheid economisch recht. Zij kan daarbij onderworpen zijn aan specifieke bepalingen. Bij de regels die het overheidsingrijpen organiseren dient evenwel een onderscheid gemaakt te worden tussen bepalingen die de uitoefening van het overheidsgezag in het algemeen tot voorwerp hebben (staatsrecht, administratief recht), en regels die specifiek de rol van de overheid in de economie reglementeren.

(1) Zie bijv. P.A. SAMUELSON, o.c., I, p. 221 e.v.

(2) Zie bijv. loonpolitiek, A. MULDER en R.A.A. DUK, o.c., p. 47.

De eerste groep regels en instellingen zal zelden onvermeld blijven bij de studie van het economisch recht. Maar alleen de bepalingen betreffende de inrichting van de overheid die haar contact met andere deelnemers aan het economisch leven organiseren en de reglementeringen die zij uitvaardigt en een ingrijpen in het economisch leven beogen, kunnen tot het economisch recht worden gerekend. Tot zover stelde de verhouding tussen het economisch recht en de overheid geen al te grote principiële problemen. Of regels die onbetwistbaar de uitoefening van het overheidsgezag normeren tot het economisch of tot het administratief recht behoren, zal immers zelden tot praktische moeilijkheden leiden. De problemen worden ingewikkelder inzake de kwalifikatie van de diensten die de overheid verzekert.

b₁ verantwoording van het onderscheid omwille van het eigen karakter van de overheid

65. Het publiek recht verantwoordt het maken van een onderscheid tussen de regels waaraan overheidsorganismen en private ondernemingen onderworpen zijn door de nood aan bepaalde privileges die voor overheidsorganismen uit de taak zelf van de overheid zou voortvloeien. Het meest gebruikte onderscheidingscriterium is het begrip openbare dienst: "een organisme dat door de overheid tot stand is gebracht om in de behoefte van de gemeenschap te voorzien en onder haar hoge leiding is geplaatst" (1). Daarbij kan het accent op de functie of op

(1) Zie J. DEMBOUR, Droit administratif, 2° uitg., La Haye 1972, p. 85;- A. MAST, Précis de droit administratif, Gent 1966, p. 37;- L.P. SUETENS, Administratief recht, Leuven, I, p. 55;- A. BUTTGENBACH, Manuel de droit administratif, 3° uitg., Brussel 1966, I, p. 63, voegt daaraan toe dat het organisme onderworpen moet zijn aan een bijzonder juridisch regime. Vgl. met de definitie van een overheidsonderneming waarbij niet vereist is dat de onderneming door de overheid is opgericht, zie referatenboek 11° Vlaams Wetenschappelijk Economisch Congres, Leuven 1973, p. 555-557;- in Zweden werkt men daarentegen dikwijls met het begrip dat in het Duits als 'Gewerbetreibende' wordt vertaald, en dat zowel overheidsondernemingen als ondernemingen uit de privésector omvat: U. BERNITZ, Verbraucherschutz in Schweden, ZgHW 1974, p. 340.

het organisme worden gelegd (1). Een indeling naar de vorm van het organisme lijkt niet altijd doelmatig (2). De overheid opteert steeds meer voor gemengde en private rechtsnormen (Nationale Bank, N.M.K.N., N.I.M., Sabena). Wanneer zij bij de uitvoering van het economisch beleid overheidsgezag uitoefenen dienen zij gebonden te zijn door de normen die daarvoor gelden. Anderzijds is het helemaal niet vanzelfsprekend dat organismen omdat zij publiekrechtelijke rechtspersonen zijn, als producent of distributeur van goederen of diensten aan andere regels onderworpen moeten worden als privaatrechtelijke rechtspersonen met een analoge functie (3). Een onderscheid naar de functie verzekert eerder dat bepaalde prerogatieven slechts dan toegekend worden wanneer het doel waarvoor zij worden aangewend zulks wettigt. Maar dit criterium is weinig helder omdat er geen algemeen gangbare indeling in overheidsfuncties en andere opdrachten aan beantwoordt (4).

66. Samengevat doorkruisen twee of drie objectieven elkaar:

- de wens om alle deelnemers aan het economisch leven, private en publiekrechtelijke, in principe gelijk te behandelen (5);
- om de mogelijkheden te vrijwaren voor de overheid om een economisch beleid te voeren en daarbij zo nodig in te grijpen in het bedrijfsleven;
- en, hiermee samenhangend, om overheidsorganismen niet te onttrekken aan de bijzondere controle vereisten die volgen uit het aanwenden van overheidsgelden en uitoefenen van een overheidsfunctie.

(1) J. DEMBOUR, o.c., p. 83;- A. MAST, o.c., p. 36.

(2) Zie bijv. J. DEMBOUR, o.c., p. 89.

(3) Zie bijv. Suetens' kritiek op de wetten van de openbare dienst, p. 57 e.v.

(4) J. DEMBOUR, o.c., p. 89.

(5) Zie o.a. EEG art. 90.

67. Zeker bij een studie van de rechtsbescherming behoort de eerste overweging onmiddellijk tot de te bestuderen materie. Het kan daarom gevaarlijk zijn door het afgrenzen van het begrip economisch recht op voorhand stelling te nemen, zoniet betreffende de graad, dan toch inzake de vorm van rechtsbescherming tegenover overheidsorganismen (1).

68. Ook de mogelijke behoefte aan een bijzondere controle op overheidsondernemingen houdt geen doorslaggevend argument in om overheidsondernemingen niet tot het toepassingsgebied van het economisch recht te rekenen. De regels inzake de organisatie van ondernemingen voorzien verschillende ondernemingsvormen. Het feit dat de bedrijvigheid van overheidsondernemingen in principe tot het toepassingsgebied van het economisch recht wordt gerekend, sluit nog niet in dat ook hun organisatie dezelfde als deze van andere ondernemingen dient te zijn, noch dat hun organieke bepalingen ook tot het economisch recht moeten worden gerekend. Om dezelfde redenen impliceert ook het feit dat overheidsondernemingen als beleidsinstrumenten gehanteerd kunnen worden niet dat zij uit het toepassingsgebied van het economisch recht moeten worden geweerd. Als beleidsinstrument dienen zij zoals vroeger al werd opgemerkt, uiteraard onderworpen te worden aan de beginselen van behoorlijk bestuur (2). Maar de toepassing van deze beginselen op de werkelijke bestuursdaden van overheidsondernemingen belet de toepassing van het algemeen economisch recht niet wanneer de economische activiteiten van de overheidsondernemingen niet van deze van andere ondernemingen verschillen. Dit laat toe te besluiten dat de hier besproken argumenten geen principiële en integraal onderscheid vereisen tussen particuliere ondernemingen en overheidsondernemingen.

(1) Een onttrekken aan de gewone in economische geschillen bevoegde rechter, geschiedt nochtans niet noodzakelijk ten nadele van de rechtsbescherming. Zie bijv. WADE, Administrative law, 3^e uitg., Oxford 1971, p. 7.

(2) Zie over deze beginselen: L.P. SUETENS, Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht, T. Best. 1970, p. 379 e.v.

b₂ verantwoording van het onderscheid omwille van de
aard van de bedrijvigheid

69. Hiermee is evenwel nog niet geantwoord op het voorbehoud dat door het gangbare rechtsgevoel gemaakt wordt naar de aard van de bedrijvigheid. Tot hiertoe werd alleen een onderscheid gemaakt tussen overheidsinstellingen die een ingrijpen in de economische verhoudingen beogen en andere economische activiteiten van de overheid. Op grond van het voorgaande zou de overheid bij het verstrekken van onderwijs e.d., wat meestal niet gebeurt met het oogmerk in te grijpen in de economische verhoudingen en omschreven kan worden als het presteren van diensten, als subject van het economisch recht handelen. Zoals eerder vermeld strookt dit niet met het gangbare rechtsgevoel. Om naar de aard van de bedrijvigheid een onderscheid te maken in economische activiteiten worden vooral de begrippen "winstoogmerk", "markt" en "gewoonlijk tegen vergoeding" gebruikt.

70. Het begrip "winstoogmerk" kende een hele evolutie. Het wordt steeds ruimer geïnterpreteerd en zegt daarom voortdurend minder over de oogmerken van een onderneming (1). Het type onderneming zegt ook minder over de aard van de bedrijvigheid. Bij private ondernemingen staat het klassieke winstoogmerk lang niet meer altijd centraal (2). Bovendien worden ook activiteiten die tot het toepassingsgebied van het handelsrecht behoren en vroeger alleen door particuliere ondernemingen werden verricht, nu ook of zelfs uitsluitend door overheidsorganismen verricht (3).

(1) Zie bijv. A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., p. 103; J. RONSE, Algemeen Deel van het vennootschapsrecht, 3^e uitg., Leuven 1975, p. 140 e.v.

(2) Zie J.K. GALBRAITH, o.c., p. 128, 136 e.v., 159-168; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 28 e.v. en p. 55 e.v.; A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, o.c., p. 104; J. VALKHOFF, o.c., p. 31 en 109; P. VERLOREN VAN THEMAAT, N.J.B. 1975, p. 171; J. VAN RYN en J. HEENEN, Esprit de lucre et droit commercial, R.C.J.B. 1974, p. 325 e.v.; H.C. WYTZES, Ondernemingsdoel en winst, T.V.V.S. 1968, p. 1 e.v.; zie meer in het bijzonder inzake de G.I.E. waarvoor het volstaat dat het doel "in het verlengde van de economische .../...

71. In zijn meest abstracte betekenis zegt begrip "markt" (1) niets over de wijze waarop vraag en aanbod op elkaar afgestemd worden. Het begrip is dan niet alleen bruikbaar in wat meestal een markteconomie wordt genoemd omdat vraag en aanbod er door een onmiddellijke confrontatie met elkaar in overeenstemming worden gebracht, maar ook in een centraal geleide economie enz. Een zo abstracte omschrijving laat evenwel niet toe het marktbegrip te hanteren om verschillende types van economische bedrijvigheid te onderscheiden. Het begrip krijgt daarentegen meer reliëf wanneer de markt wordt omschreven als het raakpunt waar vraag en aanbod (in principe) in vrije mededinging op elkaar afgestemd worden. Wil er van een normale mededinging sprake zijn, dienen de goederen en diensten ofwel alle tegen vergoeding, ofwel alle kosteloos aangeboden te worden. Samen met de eerder omschreven vereisten laat dit toe een sector van het economisch leven af te grenzen waar althans aan de aanbodzijde professionele marktdeelnemers in gelijkaardige omstandigheden opereren door goederen en diensten tegen vergoeding te verstrekken(2). In de mate dat zij toch financiële steun van anderen ontvangen (vnl. van de overheid), kan men normaal spreken van overheidsinterventies op de markt, die als zodanig ook onder het toepassingsgebied van het economisch recht ressorteren. Diensten die om niet worden gepresteerd en waarvan de kosten door een bijzonder financieringssysteem worden omgeslagen over een groep die niet noodzakelijk samenvalt met de begunstigden, maken dat zowel de begunstigden als de dienstverlenende organismen in duidelijk verschillende omstandigheden

(2) „/. activiteit van de partners" ligt: J.C.M. LEYTEN, *Groupe-ment d'intérêts économiques, de N.V.* 1972, p. 80 en Document E.G. 1335-1/71; zie daarentegen BUKA EKA NGOY, *o.c.*, p. 215 e.v. en 313 e.v.

(3) Zie G. SCHRANS, *B.R.H.* 1970, I, 424 e.v.; W. VAN GERVEN, *S.E.W.* 1970, p. 5.

(1) Raakpunt van vraag en aanbod, zie A. MULDER en R.A.A. DUK, *o.c.*, p. 34 e.v.; SAMUELSON, *o.c.*, I, p. 83; niet altijd synoniem met de abstracte betekenis waarvan sprake bij J.E. ANDRIESSEN, *o.c.*, p. 192.

(2) .../...

deelnemen aan het economisch leven. Daarom, en om zo aan te sluiten bij het algemeen rechtsgevoel, kan het wenselijk zijn alleen het produceren en distribueren van goederen of presteren van diensten tegen vergoeding door professionele marktdeelnemers, en de consumptie en het aanwenden van deze goederen en diensten, tot het toepassingsgebied van het economisch recht te rekenen. Wel moet hierbij de vraag voor ogen worden gehouden in hoeverre het wenselijk is in een zeker inzake de organisatie van de behoeftenbevrediging snel evoluerende wereld, het rechtsgevoel als richtlijn te nemen bij het afgrenzen van een rechtstak. Telkens dit mogelijk is moet worden onderzocht in hoeverre de hier afgezonderde economische activiteiten niet aan dezelfde regels moeten onderworpen worden als deze die tot het toepassingsgebied van het economisch recht worden gerekend. Dit is vooral belangrijk wanneer op grond van de omschrijving van een rechtstak de bevoegdheid van nieuwe instellingen wordt omschreven. Het institutionaliseren van onderscheidingscategorieën brengt altijd een verstarring, en een verdeling van de bevoegdheid inzake een bepaalde materie over verschillende instellingen kan een diepgaande invloed hebben op de evolutie van de verschillende componenten (1).

5) besluit

72. Het economisch recht kan na het voorgaande bij wijze van werkhypothese omschreven worden als volgt: "het economisch

(2) Zie ook E.E.G. art. 60;- G. SCHRANS, Inleiding tot het Europees economisch recht, p. 112;- W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 7, en S.E.W. 1970, p. 5;- J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, p. 21. Zie daarentegen het vage criterium in art. 90 E.E.G.: "diensten van algemeen economisch belang of met het karakter van een fiscaal monopolie."

(1) Zie o.a. W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 5, en S.E.W. 1970, p. 4.

recht omvat het geheel van rechtsregels betreffende het beroepsmatig tegen vergoeding produceren of distribueren van goederen en verzekeren van diensten, en het beïnvloeden van het verbruik of het aanwenden van de aldus geproduceerde of gepresteerde goederen of diensten, met uitzondering van regels uit het staatsrecht, het algemeen administratief recht, het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht (1).

Deze definitie omvat:

- 1°) het economisch grondslagenrecht: de regels betreffende de algemene organisatie van het economisch bestel zoals de economische rechten en vrijheden (2);
- 2°) de juridische organisatie van het economisch beleid, zoals de bepalingen betreffende de organisatie van de beleids- en adviesorganen die uitsluitend de in de definitie omschreven activiteiten betreffen;
- 3°) de regels tot uitvoering van het economisch beleid, ongeacht of zij zich richten tot particulieren of ondernemingen (3);

(1) Het uitsluiten van het arbeidsrecht werd eerder besproken in nr. 54. Vooral in het ondernemingsrecht is het evenwel meestal onmogelijk om arbeidsrecht en economisch recht als twee totaal gescheiden rechtstakken te bestuderen. Het sociale zekerheidsrecht omvat naast bepalingen die aanleunen bij het arbeidsrecht, ook bepalingen betreffende activiteiten die althans ten dele ratione materiae buiten deze definitie van het economisch recht vallen, zoals het gezondheidsrecht. Daarom wordt ook het sociale zekerheidsrecht niet tot het economisch recht gerekend. Een analoge redenering zou gevolgd kunnen worden voor het belastingrecht, dat ook ratione materiae niet helemaal binnen de voorgestelde omschrijving valt. Om de eenheid van het belastingrecht te bewaren, wordt deze rechtstak nochtans in aansluiting bij de traditie integraal wél tot het economisch recht gerekend.

(2) Zie o.a. W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 15, en vnl. S.E.W. 1971, p. 404 e.v.

(3) Het marktrecht zoals omschreven door W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 6 e.v., en met een meer volledige opsomming van materies, Wetboek Economisch en Financiële Recht, Gent (losbladig), woord vooraf en systematische indelingstafel. Vermeld kunnen o.a. worden het vestigingsrecht, de reglementering van investeringen, het goederen-, diensten- en kapitaalverkeer, het mededingingsrecht, intellectuele rechten, prijsreglementering, consumentenbescherming.

- 4°) het ondernemingsrecht: het geheel van regels betreffende het statuut van de onderneming (1);
- 5°) de regels betreffende het juridisch instrumentarium van de onderneming (2).

74. De definitie omschrijft het economisch recht als een rechtstak, maar is op de eerste plaats een werkhypothese. Daarom dient er rekening te worden gehouden met de volgende opmerkingen:

- 1°) eerder werd aangestipt dat het afzonderen van het beroeps- of bedrijfsmatig handelen, en vooral van het tegen vergoeding beroeps- of bedrijfsmatig handelen slechts als werkhypothese kan worden aanvaard, en dat onderzocht dient te worden in hoeverre het groeperen van de rechtsregels inzake deze economische activiteit in een afzonderlijke rechtstak verantwoord wordt door duidelijke verschillen in de belangen- en waardenpatronen die deze activiteiten kenmerken;
- 2°) het geheel van regels dat in aanmerking komt voor een economische analyse is aanzienlijk ruimer dan het hier als rechtstak omschreven begrip economisch recht;
- 3°) een groot aantal regels en juridische instrumenten zijn niet typisch voor beroepsmatige economische bedrijvigheid, maar van toepassing op alle economische verhoudingen; wegens de centrale plaats van de particuliere rechtssubjecten (cfr. supra), ligt het voor de hand het economisch recht als een uitzonderingsrecht tegenover het algemeen (privaat)recht te beschouwen.

(1) Zie W. VAN GERVEN, S.E.W. 1970, p. 5: de daden van koophandel, handelsregister, boekhoudingsvoorschriften, de bepalingen inzake de handelszaak, het vennootschapsrecht, het faillissementsrecht; in Ondernemingsrecht, geeft Van Gerven een ruimere definitie van het ondernemingsrecht waarbij ook de bepalingen inzake het instrumentarium van de onderneming tot het ondernemingsrecht worden gerekend.

(2) Zie W. VAN GERVEN, S.E.W. 1970, p. 5.

§ 2. Het faillissementsrecht in het economisch recht

A. Het faillissementsrecht

75. Het faillissementsrecht kan worden omschreven als het geheel van maatregelen en procedures zoals het uitstel van betaling, het gerechtelijk akkoord, het faillissement stricto sensu e.a., die allen de betrekkingen beogen te regelen tussen een onderneming en haar schuldeisers wanneer gevreesd of vastgesteld wordt dat zij haar financiële verplichtingen niet normaal kan nakomen (1), of die deze moeilijkheden helpen voorkomen.

76. De verschillende procedures hebben gemeen dat zij een oplossing moeten helpen vinden voor moeilijkheden die rijzen bij de uitvoering van contracten of andere verbintenissen waarvan de wenselijkheid of de onvermijdbaarheid eigenlijk niet worden betwist. Betwistingen over vorderingen worden in de marge van de faillissementrechtelijke procedures beslecht (2). Het feit dat het faillissementsrecht de schuldenaar confronteert met schuldeisers waarvan de vorderingen bij hypothese niet worden betwist, onderscheidt de situaties waarop het faillissementsrecht van toepassing is duidelijk van de meeste andere geschillen tussen schuldeisers en schuldenaars, waarbij meestal juist de gegrondheid van de vorderingen betwist wordt.

(1) Zie voor een overzicht van deze procedures art. 1 van het protocol bij het voorontwerp van verdrag inzake faillissement, akkoord en andere soortgelijke procedures. Doc. Comm. E.G., Dir. Gen. interne markt en harmonisatie van wetgevingen, 3.327 (I/XIV/70-N, p. 41).

(2) Zie over de verificatie van schuldvorderingen bijv. Wb. v. Kooph., art. 500 e.v.; art. 17 e.v. van het K.B. 25 september 1956 houdende de gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord, B.S. 11 oktober 1946; en rechtsvergelijkend: L.F. GANSHOF, Le droit de la faillite dans les états membres de la C.E.E., Brussel 1969, p. 88, nrs. 77 e.v.

77. Kenmerkend voor het faillissementsrecht is daarbij ook dat vooral de verhoudingen tussen de debiteur en de groep van schuldeisers worden gevisieerd. Het faillissementsrecht beoogt niet op de eerste plaats het regelen van de verhoudingen tussen een debiteur en een individuele schuldeiser. Dit volgt uit het feit dat het faillissementsrecht een oplossing wil helpen zoeken voor de moeilijkheden die veroorzaakt worden door de insolvabiliteit of dreigende insolvabiliteit van de debiteur en dus voor alle schuldeisers problemen stellen. Deze karaktertrek manifesteert zich het sterkst in de zgn. collectieve procedures (1).

B. Het faillissementsrecht en de voorgestelde definitie van het economisch recht

78. In het kader van de voorgestelde definitie van het economisch recht is het aangewezen de onderneming te kiezen als de economische eenheid waarvan de betrekkingen worden bestudeerd. De onderneming is daarbij de als rechtssubject individualiseerbare eenheid van produktiefactoren die beroeps- of bedrijfsmatig goederen produceert of distribueert of diensten verzekert (2). Zoals bij het formuleren van deze definitie al werd aangestipt, mag de vraag niet uit het oog verloren worden of het wel zinvol is bijzondere regelingen te voorzien voor ondernemingen die hun activiteiten al dan niet financieren met de vergoedingen die zij per prestatie van hun afnemers ontvangen. Inzake het faillissementsrecht lijkt dit onderscheid evenwel niet onredelijk omdat het gemaakt wordt op grond van de financieringswijze van de ondernemingsactiviteit. De eigen inkomensstructuur van ondernemingen die hun activiteit niet of niet uitsluitend met de voor hun prestaties ontvangen inkomsten financieren, kan een bijzondere financiële aansprakelijkheidsregeling verantwoorden, en dus een onttrekken van deze onderne-

(1) Zie over het collectief karakter van het faillissement en het gerechtelijk akkoord: J. VAN RYN en J. HEENEN, IV, p. 199, nr. 2624, p. 403, nr. 2904;- R. RODIERE, p. 233, nr. 235, p. 239, nr. 239;- L. FREDERICQ, Handboek van Belgisch handelsrecht, II, Brussel 1963, p. 429, nr. 1495.

(2) Zie nr. 61.

mingen aan het toepassingsgebied van het faillissementsrecht. Dit argument dient nochtans voorzichtig beoordeeld te worden wanneer het vooral steunt op de geringere financiële onafhankelijkheid die volgen kan uit hun inkomensstructuur. Een geringe financiële zelfstandigheid vergt een geëigende faillissementsregeling, maar daarom nog geen onttrekken van de betrokken ondernemingen aan de toepassing van het faillissementsrecht.

Problemen rond de uitbreiding van faillissement tot dat van hun eigenaars (1) en de concernrechtelijke aspecten van het faillissementsrecht (2) illustreren dat de implicaties van een geringe financiële zelfstandigheid van een debiteur ook in een faillissementsrechtelijke context besproken kunnen worden.

Ondernemingen die de goederen die ze produceren of de diensten die ze verzekeren, niet verkopen of verhuren, zijn meestal ondernemingen met een publiekrechtelijk karakter. Het verschil in hun inkomensstructuur met andere ondernemingen volgt in principe uit een sterk verschillende optiek van hen die hun activiteit financieren. Zij zijn meestal meer geïnteresseerd in de onderneming omdat zij oordelen dat de diensten die zij verstrekken, verzekerd dienen te worden, dan omwille van winsten of andere voordelen die zij daarbij verwachten. Deze houding beïnvloedt normaal hun verhouding tot de schuldeisers van de onderneming en dus de mate waarin het faillissementsrecht van toepassing dient te zijn. De grotere bereidheid die men verwachten mag om de kosten te dekken die verbonden zijn aan de ondernemingsactiviteit, garandeert nog niet dat altijd de nodige middelen gevonden zullen worden om de schulden van de onderneming te dekken. Maar ook indien de schuldeisers niet meer waarborgen

(1) Zie bijv. P. COPPENS, L'extension de la faillite au maître de la société, in Idées Nouvelles dans le droit de la faillite, Brussel 1969, p. 185 e.v.

(2) Zie o.a. P. VAN OMESLAGHE, Les groupes de sociétés, R.P.S. 1965, p. 193; - voor Frankrijk: V. GUYENOT, Les groupes de sociétés, Banque 1973, p. 918, nrs. 46 e.v.; - voor de U.S.A.: H.W. BALANTINE, Balantine on corporations, rev. ed., Chicago 1946, p. 315.

genieten dan tegenover ondernemingen die volgens de voorgestelde definitie tot het toepassingsgebied van het economisch recht behoren, beïnvloedt de onbaatzuchtigheid van de promotors van een onderneming of het openbaar nutskarakter van haar activiteit in hoge mate het afwegen van de belangen van schuldeisers en schuldenaar(1). De afwezigheid van een winstoogmerk en het openbaar nutskarakter van de ondernemingsactiviteit helpen zo het onderscheid verantwoorden dat gemaakt werd op grond van de eigen inkomensstructuur van deze ondernemingen.

79. Op de argumenten die pleiten voor het voorzien van verschillende regels voor wie al dan niet beroepsmatig een economische activiteit uitoefent, hoeft hier niet in extenso teruggekomen te worden. Een deel van deze argumenten komt nochtans ook ter sprake in de discussie rond het beperken van het toepassingsgebied van het Belgisch faillissementsrecht tot handelaars (2). Het feit dat door deze beperking verschillende

(1) Dat hier opnieuw het begrip winstoogmerk en het openbaar nutskarakter van de ondernemingsactiviteit worden vermeld, ook al werden deze begrippen niet weerhouden bij het definiëren van het economisch recht, hoeft niet te verwonderen. Het begrip winstoogmerk werd niet als onderscheidingscriterium gekozen omdat het dikwijls weinig zegt over de aard van de onderneming. Concernstructuren illustreren hoeveel vormen het winstoogmerk in commerciële ondernemingen aan kan nemen. Dit belet evenwel niet dat het soms wel relevant is voor het bepalen van de houding van een onderneming tegenover derden. In die gevallen kan het dan ook in aanmerking worden genomen bij het toetsen van de relevantie in het faillissementsrecht van een onderscheid dat gemaakt werd volgens andere aspecten van de wijze waarop de onderneming deelneemt aan het economisch verkeer. Hetzelfde geldt voor het openbaar nutskarakter dat normalerwijze zwaarder dient door te wegen bij het bepalen van het toepassingsgebied van regels die tot het beëindigen van de ondernemingsactiviteit kunnen leiden, dan bij dat van regels die de wijze betreffen waarop deze activiteit wordt uitgeoefend.

(2) Wb. v. Kooph., art. 437.

procedures kunnen gelden tegenover insolvabele debiteurs, kan bezwaarlijk onbesproken blijven, omdat het onderscheid tussen handelaars en niet-handelaars deels door de ondernemingen loopt die volgens de voorgestelde definitie tot het toepassingsgebied van het economisch recht behoren (1). Volgens de voorgestelde definitie dient het economisch recht immers ook van toepassing te zijn op de beoefenaars van niet-commerciële vrije beroepen (2), ambachtslieden (3), ondernemingen die beroeps- of bedrijfsmatig onroerende goederen kopen of huren om hen verder te verhuren (4), en de uitbating van landbouwondernemingen (5).

80. De beperking van het toepassingsgebied van het Belgisch faillissementsrecht tot handelaars en de voorlopige conclusie dat de voorgestelde definitie van het economisch recht een in beginsel bruikbare omschrijving biedt voor het toepassingsgebied van het faillissementsrecht sensu lato, dwingt bij het bestuderen van de rechtsbescherming in het faillissementsrecht

(1) Zie art. 1 en 2 Wb. v. Kooph., en ook FREDERICQ, o.c., I, p. 32, nrs. 17 e.v.

(2) Vgl. FREDERICQ, o.c., I, p. 42, nr. 28 en STEENBERGEN, Professionele vennootschappen, T.P.R. 1974, p. 235, voetnoot 1, en p. 269, nrs. 84 e.v.

(3) Vgl. FREDERICQ, o.c., I, p. 36, nr. 22.

(4) Vgl. FREDERICQ, o.c., I, p. 34, nr. 18 en p. 49, nr. 35. Zie ook de tendens om alle ondernemingen die in de vorm van een handelsvennootschap georganiseerd zijn, ongeacht hun commerciële karakter, aan eenzelfde regeling te onderwerpen; zie o.a. art. 1 W. 17 juli 1975 (B.S. 4 september 1975), en art. 10 Venn.W., uitgevoerd door art. 3 K.B. 7 augustus 1973 (B.S. 15 augustus 1973).

(5) Vgl. FREDERICQ, o.c., I, p. 38, nr. 28; zie ook PH. VANAVERMAETE, Juridische aspecten van de structuur der landbouwexploitatie in België, proefschrift, Leuven 1975, I, p. 9 e.v.

sensu lato of de rechtsbescherming bij ondernemingen in moeilijkheden in een economisch rechtelijke context eigenlijk tot een parallel bestuderen van de twee stelsels die in het economisch recht de verhoudingen regelen tussen schuldeisers en individuele schuldenaars. Om de overzichtelijkheid niet al te zeer te schaden zal evenwel na een bespreking van de beperking van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht tot handelaars, alleen het faillissementsrecht uit het handelsrecht worden bestudeerd.

C. De beperking van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht tot handelaars

1) de huidige regeling in het Wetboek van Koophandel

81. In België (1) is het faillissementsrecht alleen van toepassing op handelaars. Alleen in art. 614 Boek III Wb. v. Kooph. worden niet-handelaars vermeld, in de bepaling dat uitstel van betaling ook kan worden verleend aan de eigenaars van nijverheidsinstellingen, die door de wet niet als handelaars worden aangemerkt. Zoals in Frankrijk is de beperking van het toepassingsgebied dus enigszins versoepeld t.o.v. personen die sterk op handelaars lijken. Wegens de geringe praktische betekenis van de bepaling inzake uitstel van betaling is deze uitbreiding evenwel van louter formeel belang (2).

82. Ook in Italië (3) en Luxemburg (4) geldt deze beperking. In Frankrijk is het toepassingsgebied van het faillissementsrecht uitgebreid tot de burgerlijke vennootschappen en gelden er ook enkele andere uitzonderingen op deze regel (5).

(1) Wb. v. Kooph., art. 437.

(2) Zie over het belang van uitstel van betaling o.a. CLOQUET, Novelles, nr. 418.

(3) Art. 1 faill.W.; voor coöperatieven, sommige kredietinstellingen, landbouwconsortia, spaarkassen, verzekeringsmaatschappijen enz., gelden bijzondere procedures: zie L. GANSHOF, o.c., p. 43 en 46.

(4) Art. 437 Lux. Wb. v. Kooph.

(5) In de departementen Elzas en Lotharingen kan ook het faillissement van niet-handelaars worden uitgesproken; voor verze-
.../...

Duitsland, Nederland en het Verenigd Koninkrijk kennen een dergelijke beperking niet. Ook in de Skandinaafse landen kunnen niet-handelaars failliet verklaard worden, al verschilt de voor hen geldende regeling in Denemarken en Noorwegen soms van deze die voor handelaars geldt (1).

2) het ontwerp E.E.G-Verdrag (2)

83. Het ontwerp-verdrag regelt de gevolgen van het verschil in het toepassingsgebied van het faillissementsrecht in de verdragsluitende staten in art. 9. Het eerste lid van art. 9 stelt dat indien de volgens het verdrag bevoegde rechter volgens zijn nationaal recht geen faillissement kan uitspreken omdat de schuldenaar geen handelaar is of omdat hij, indien het Italiaans recht van toepassing is, volgens het Italiaans recht als een kleine ondernemer wordt beschouwd, het faillissement uitgesproken kan worden door de rechter van een van de andere verdragsluitende Staten, wanneer hij op het grondgebied van die Staat een vestiging heeft of het recht van die Staat het nemen van dergelijke maatregelen toelaat. Het tweede lid van art. 9 voegt daar aan toe dat de op grond van de in het eerste lid voorziene bevoegdheidsregel gedane uitspraken, geen gevolg hebben op het grondgebied van de verdragsluitende Staat waar zich het zakencentrum van de schuldenaar bevindt (3). Deze regeling waarborgt een niet-handelaar dat hij niet failliet kan worden verklaard in de Staat waar zijn zakencentrum gevestigd is, indien volgens het recht van die Staat het faillissementsrecht niet van toepassing is tegenover niet-handelaars.

(5) ./.. keringsmaatschappijen geldt een bijzondere regeling en de vraag of genationaliseerde ondernemingen failliet verklaard worden, wordt betwist;- zie GANSHOF, o.c., p. 241, nr. 26 en RODIERE, Droit commercial, 6e 2d., Paris 1972, p. 236 e.v., nr. 236, p. 241, nr. 241.

(1) Zie A. CLOQUET, Les réformes souhaitables en droit belge, in Idées Nouvelles dans le droit de la faillite, travaux de la 4ème journée d'étude Jean Dabin, Brussel 1969, p. 47;- L. GANSHOF, o.c., p. 42 en 43, nr. 46.

(2) Zie Comm. E.G. Dir. Gen. interne markt en harmonisatie van wetgeving, doc. 3.327/XIV/70-N.

(3) .../...

84. Zijn andere vestigingen in verdragsluitende Staten die het faillissement van niet-handelaars kennen, kunnen wel failliet verklaard worden. Deze regeling verschilt weinig van de thans geldende toestand indien deze vestigingen zich bevinden in Staten die de universaliteit van het faillissement niet of niet consequent doorvoeren. Het feit dat het recht van de Staat waar het zakencentrum gevestigd is, het faillissement van een niet-handelaar niet kent, belet dan een andere rechter niet het faillissement van deze vestigingen uit te spreken, tenzij bilaterale verdragen anders bepalen. Ook nu kan het faillissement uitgesproken worden van Belgische, Franse, Italiaanse of Luxemburgse niet-handelaars in Duitsland, Nederland, Engeland of de andere Europese Staten buiten België en Luxemburg (1), wanneer het gevallen betreft waarin in deze Staten het faillissementsrecht van toepassing is op niet-handelaars (2).

85. Artikel 56, 1° lid, somt een aantal omstandigheden op waarin verzet kan worden aangetekend tegen een in een van de

(3) Het zakencentrum is de plaats waar de voornaamste belangen van de schuldenaar gewoonlijk worden beheerd. Voor vennootschappen en rechtspersonen neemt men, tot bewijs van het tegendeel, aan dat die plaats die van de statutaire zetel is; zie ontwerp-verdrag, art. 3, 2° lid.

(1) Zie voor de nuancering van het universaliteitsbeginsel in Luxemburg: A. HUSS, *Réflexions sur la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite et sur son application en jurisprudence Luxembourgeoise*, in *Liber Amicorum Baron L. Frédéricq*, II, Gent 1966, p. 619 e.v.

(2) Zie over de territorialiteit of de universaliteit van faillissementen in het IPR van de zes vroegere lid-Staten van de E.E.G.: P. COPPENS, *Apperçu de l'avant-projet de convention européenne sur la faillite*, in *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, Brussel 1969, p. 175; L.F. GANSHOF, *o.c.*, p. 2 e.v.; J. NOËL en J. LEMONTEY, *Rapport over het verdrag inzake faillissement, akkoord en andere gelijknamige procedures*, Comm. E.G. Dir. Gen. interne macht en harmonisatie van wetgevingen, doc. 16.775/XIV/70-N, p. 3 e.v., en 9 e.v.;- voor België en de verdragen waar België partij bij is: F. RIGAUX, *Droit international privé*, Brussel 1968, p. 405 e.v., nrs. 338 e.v.;- voor Engeland: G.C. CHESHIRE en P.M. NORTH, *Cheshire's international private law*, London 1970, p. 544 e.v.: hier dient opgemerkt te worden dat het universaliteitsprincipe niet wordt verworpen, maar er Engelse Hoven en Rechtbanken maar van weerhouden zal een faillissement uit te spreken voor de bezittingen van een schuldenaar in Engeland wanneer daartoe ook andere gewichtige redenen bestaan: zie CHESHIRE, p. 548 en RE ARTOLA HERMANOS (1890) 24 RBD, p. 640 e.v.

lid-Staten uitgesproken faillissement. Omdat bij de toepassing van art. 9 rekening moet worden gehouden met art. 56, 2° lid heeft een faillissementsverklaring van een vestiging van een niet-handelaar wel gevolgen in andere lid-Staten, behalve deze waar het zakencentrum van deze niet-handelaar gevestigd is. Deze regel zal ook gelden in verdragsluitende Staten die thans het universaliteitsprincipe toepassen of zelf geen faillissement van niet-handelaars kennen (1). Het ontwerpverdrag brengt daarom wel een wijziging voor de vestigingen in België en Luxemburg (2) van niet-handelaars met een zakencentrum in België, Frankrijk, Italië of Luxemburg wanneer het faillissementsrecht niet op hun zakencentrum van toepassing is, en zij ook vestigingen hebben in verdragsluitende Staten die daar volgens het nationale recht failliet verklaard kunnen worden. Het brengt ook een wijziging voor de vestigingen van niet-handelaars in Frankrijk en Italië, waar het universaliteitsprincipe en dus het recht van het zakencentrum niet als leidraad geldt, en het faillissement niet op niet-handelaars van toepassing is, indien zij hun zakencentrum of andere vestigingen hebben in Staten die het burgerlijk faillissement wel kennen.

86. Dat anderzijds het faillissement van niet-handelaars met een zakencentrum in de verdragsluitende Staten die het burgerlijk faillissement kennen, ook gevolgen zal hebben in Staten waar het faillissement alleen op handelaars van toepassing is, betekent geen wijziging van het recht dat thans in deze Staten wordt toegepast indien zij het universaliteitsprincipe toepassen. Ook nu verzet de openbare orde zich in deze Staten niet tegen het verlenen van rechtsgevolgen op het eigen grondgebied aan de in de Staat waar het zakencentrum gevestigd is overeenkomstig

(1) Zie over de draagwijdte van art. 9 en 56 van het ontwerpverdrag: J. NOEL en J. LEMONTEY, o.c., p. 38 e.v.

(2) Zie voetnoot

de lex fori uitgesproken faillissementen. Hun opvattingen over de internationale openbare orde vallen immers niet noodzakelijk samen met deze over de interne openbare orde (1). Deze regel betekent, zoals in de vorige alinea vermeld werd, een uitbreiding van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht voor vestigingen van niet-handelaars in Italië en Frankrijk, die noch het universaliteitsprincipe, noch het burgerlijk faillissement kennen, wanneer hun zakencentrum of andere vestigingen gevestigd zijn in verdragsluitende Staten die het burgerlijk faillissement wel kennen.

3) argumenten voor het uitbreiden van het toepassingsgebied van het faillissement tot niet-handelaars

a) de behoefte aan harmonisatie van het Europees faillissementsrecht

87. De rechtsleer heeft in de Staten waar alleen het faillissement van handelaars uitgesproken kan worden, herhaaldelijk gepleit voor de uitbreiding van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht (2). Een eerste argument daarvoor wordt ontleend aan het feit dat verschillende Europese landen het faillissement van niet-handelaars wel kennen, en aan de nood aan harmonisatie van het Europees faillissementsrecht (3). Wanneer geen andere argumenten aangevoerd worden die pleiten voor een harmonisatie in de richting van een uitbreiding van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht, kan dit argument nog niet erg overtuigen.

(1) J. NOEL en J. LEMONTEY, o.c., p. 39.

(2) Zie bijv. A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 46 e.v., en Novelles, nrs. 2979 e.v.;- J. VAN RYN en J. HEENEN, Principes de droit commercial, IV, Brussel 1965, p. 202, nr. 2629;- R. RODIERE, o.c., p. 241, nr. 241. Zie voor de historische achtergrond van de beperking van het toepassingsgebied tot handelaars: A. RENOARD, Traité des faillites et des banqueroutes, Brussel 1851, p. 127 e.v.

(3) Zie o.a. A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 47.

88. Bovendien kan twijfel rijzen over de mate waarin na het sluiten en in werking treden van het ontwerp-verdrag op dit punt nog behoefte zal bestaan aan harmonisatie. Het ontwerp brengt weliswaar geen eenvormige regeling, maar regelt de gevolgen van het gebrek aan eenvormigheid. Voor het waarborgen van een voldoende graad van rechtszekerheid kan de voorgestelde regeling volstaan. Wel kan met het oog op het verwezenlijken van de gemeenschappelijke markt, het nastreven van een gelijke behandeling van handelaars en niet-handelaars nog pleiten voor een verdere harmonisering.

89. Thans, zonder de regeling van het ontwerp-verdrag, is het faillissementsrecht niet van toepassing op de zaken centra van niet-handelaars in Staten die het burgerlijk faillissement niet kennen, en hun vestigingen in Staten die het burgerlijk faillissement ook niet kennen of het universaliteitsprincipe toepassen. Deze laatste uitbreiding blijft louter theoretisch omdat de Europese Staten die het burgerlijk faillissement kennen, het universaliteitsprincipe niet toepassen. Het is evenmin van toepassing op de vestigingen van niet-handelaars in Staten die het burgerlijk faillissement niet kennen en het universaliteitsprincipe niet toepassen, zoals Frankrijk en Italië, ook wanneer het zakencentrum gevestigd is in een Staat waar het faillissementsrecht van toepassing is op niet-handelaars. Het faillissementsrecht is wel van toepassing op zaken centra van niet-handelaars in Staten die het burgerlijk faillissement kennen, en hun vestigingen in Staten die het ook kennen of, zoals België, het universaliteitsprincipe toepassen. Het is eveneens van toepassing op vestigingen van andere niet-handelaars in Staten die het burgerlijk faillissement kennen en het universaliteitsprincipe niet toepassen.

Het ontwerp handhaaft een onderscheid tussen de zaken centra van niet-handelaars in verdragsluitende Staten die het burgerlijk faillissement niet kennen, hun vestigingen in de Staat waar hun zakencentrum gevestigd is, en hun vestigingen in andere Staten die geen burgerlijk faillissement kennen op voorwaarde dat zij geen vestiging hebben in een Staat die het wel kent, enerzijds, en andere vestigingen en zaken centra anderzijds. De ongelijkheid die zo blijft bestaan heeft twee aspecten: een ongelijkheid tussen gelijkaardige vestigingen of zaken centra in verschillende Staten, en een ongelijkheid tussen gelijkaardige vestigingen of zaken centra in eenzelfde Staat. Wat het eerste aspect betreft brengt het ontwerp geen wijziging voor de zaken centra. Het brengt wel een gelijke behandeling voor alle vestigingen van niet-handelaars met een zakencentrum in een Staat die het burgerlijk faillissement kent, maar niet voor deze van andere niet-handelaars, en dus ook niet voor de vestigingen van beide groepen van niet-handelaars. Men kan nochtans stellen dat de gelijkheid voor vestigingen vergroot is door een uitbreiding

van het aantal vestigingen waarop het faillissementsrecht van toepassing is. Wat het tweede aspect betreft brengt het ontwerp een gelijke behandeling van alle vestigingen en zakencentra in Staten die het burgerlijk faillissement kennen. Maar het verzekert deze gelijkheid niet in de andere Staten (die het burgerlijk faillissement niet kennen).

De vestigingen van niet-handelaars met een zakencentrum in Staten die het burgerlijk faillissement wel kennen, of in een andere Staat die het niet kent wanneer zij ook een vestiging hebben in een Staat die het wel kent, worden in deze Staten die het niet kennen aan een ander regime onderworpen dan de andere vestigingen en zakencentra in deze Staten. Deze regeling verbreekt zelfs de gelijkheid die thans in deze Staten bestaat wanneer zij het universaliteitsprincipe niet toepassen, indien het vestigingen betreft van niet-handelaars met een zakencentrum of een vestiging in een verdragsluitende Staat waarvan het nationale recht het faillissement kent. In het faillissementsrecht is het tenslotte zeker zo belangrijk als het al dan niet van toepassing zijn van het faillissementsrecht op een zakencentrum of vestiging, dat op al de vestigingen en het zakencentrum van een niet-handelaar eenzelfde regime van toepassing is. Het bereiken van een eenvoudige regeling terzake is belangrijk voor het bepalen van het verhaalsobject van de schuldeisers en het vereenvoudigen van de door hen te volgen procedure. Hier brengt het ontwerp een belangrijke harmonisatie. De harmonisatie is evenwel niet volledig omdat een verschillende behandeling mogelijk blijft van het zakencentrum van een niet-handelaar en zijn vestigingen in de Staat waar het zakencentrum gevestigd is enerzijds, en zijn vestigingen in andere Staten wanneer hij een vestiging heeft in een Staat waar het faillissementsrecht van toepassing is op niet-handelaars, en een zakencentrum waarin zulks niet het geval is.

90. De mate waarin de billijkheid een harmonisatie van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht vraagt, is evenwel afhankelijk van de bepalingen van het faillissementsrecht en de regeling die voor niet-handelaars geldt in verschillende Staten, en van de verschillen tussen beide in één Staat of tussen de Staten onderling. De vestigingsvoorwaarden worden wellicht slechts in dezelfde mate beïnvloed door verschillen in het toepassingsgebied van het faillissementsrecht. Het loutere bestaan van dergelijke verschillen vergt dus op zich, noch billijkheidshalve, noch voor het vrijwaren van de vrijheid van vestiging, een verdere harmonisatie. Het ontbreken van een volledig eenvormige regeling voor al de vestigingen en het zakencentrum van alle in de verdragsluitende Staten gevestigde niet-handelaars, blijft daarentegen zeker een handicap voor de schuldeisers. Het

bereiken van een harmonisatie op dit punt, die geen ongelijke behandeling veroorzaakt van de vestigingen in Staten die het burgerlijk faillissement kennen, van niet-handelaars met een zakencentrum in een Staat die het niet kent, en andere zaken-centra of vestigingen in Staten die het burgerlijk faillissement kennen, vraagt echter een volledig eenvormige regeling van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht. Dat het ontwerp die niet voorziet kan deels verklaard worden door de bijzondere weerstand die overwonnen diende te worden voor een harmonisatie van deze materie. Problemen rond het onderscheid tussen handelaars en niet-handelaars lokken in verschillende Staten bijzonder vinnige discussies uit bij de betrokkenen (1). De behoefte aan harmonisatie laat zich op dit punt ook minder sterk voelen wegens het eerder geringe aantal betrokkenen (2).

b) het aantal betrokkenen

91. Cloquet voert aan dat het argument dat een uitbreiding van het faillissementsrecht slechts een weerslag zou hebben op een beperkt aantal gevallen, zowel voor als tegen een dergelijke wijziging kan pleiten (3). Omdat dit argument niets zegt over de mate waarin tegenover insolvabele niet-handelaars behoefte bestaat aan het toepassen van het faillissementsrecht, lijkt het eerder noch voor noch tegen een uitbreiding van het toepassingsgebied te pleiten. Men kan er wel uit afleiden dat de materiële implicaties van een uitbreiding van het toepassingsgebied door een toename van het aantal faillissementen, wellicht geen bijkomende hinderpaal voor een dergelijke wijziging

(1) Zie in het algemeen over de weerstanden die bij een harmonisatie van het faillissementsrecht overwonnen dienen te worden: P. COPPENS, Idées Nouvelles, p. 175 e.v.; de talloze discussies over het al dan niet commerciële karakter van sommige vrije beroepen illustreren dat het onderscheid tussen handelaars en niet-handelaars heviger discussies uitlokt dan de meeste andere categorieën of begrippen van openbare orde. Zie bijv. J. STEENBERGEN, T.P.R. 1974, p. 235, noot 1, p. 269 e.v., nrs. 84 e.v. Zie nochtans het ondubbelzinnig pleidooi voor een afbouwen van het onderscheid: E. de BARSY, in La déontologie des affaires et du pouvoir, Brussel 1973, p. 52 e.v.

(2) (3) .../...

zullen vormen. Het beperkt aantal gevallen waarin het faillissement tegenover niet-handelaars van toepassing zou zijn, wijst er anderzijds op dat het algemeen economisch verkeer niet ernstig verstoord wordt door insolvabele niet-handelaars. Maar men kan hier niet zonder meer uit afleiden dat het algemeen belang daarom geen uitbreiding van het toepassingsgebied vraagt. Het algemeen belang kan nog om andere redenen dan een ernstige storing van het economisch verkeer een dergelijke uitbreiding wenselijk maken, bijvoorbeeld om een gelijke of gelijkaardige behandeling van insolvabele debiteurs in gelijkaardige omstandigheden te waarborgen. Omdat het onderscheid tussen handelaars en niet-handelaars ook loopt door ondernemingen die alleen beroeps- of bedrijfsmatig tegen vergoeding goederen produceren, distribueren of diensten verzekeren, stelt de beperking van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht tot handelaars in België het probleem van de gelijke behandeling van insolvabele debiteurs en hun schuldeisers in het economisch recht. Maar de mate waarin het gelijkheidsbeginsel een wijziging van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht vergt, is niet afhankelijk van het feit dat subjecten van het economisch recht aan verschillende regelingen onderworpen worden, maar van het verschil tussen beide regelingen.

- c) het ontbreken van een adequate regeling tegenover niet-handelaars

92. Bij het beoordelen van de overtuigingskracht van de voorgaande argumenten voor de uitbreiding van het toepassings-

(2) Zie over het aantal burgerlijke faillissementen in Nederland: CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 48 e.v.; hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen burgerlijke faillissementen met of zonder internationale weerslag. Vermoedelijk ligt het percentage "internationale" faillissementen bij de burgerlijke lager dan bij de commerciële.

(3) A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 48 e.v.

gebied van het faillissementsrecht, of van de mate waarin zij niet tegen een dergelijke wijziging pleiten, blijkt telkens het belang van de reële verschillen tussen het faillissementsrecht en de procedure of regels die gelden tegenover niet-handelaars. Het ontbreken van een adequate regeling voor de verhouding tussen schuldeisers en een insolvabele niet-handelaar, kan daarom een belangrijk argument zijn voor een uitbreiding van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht (1).

93. Als de tegenhanger van het faillissement in het burgerlijk recht geldt de staat van kennelijk onvermogen (état de déconfiture civile). Het kennelijk onvermogen voorziet evenwel geen geheel van regels om de betrekkingen tussen schuldeisers en debiteurs te regelen. Het B.W. vermeldt de term en kent aan de staat van kennelijk onvermogen bepaalde gevolgen toe, zonder het begrip verder te definiëren (2). De rechtsleer neemt aan dat een insolvabel debiteur zich in de staat van kennelijk onvermogen bevindt. Het beoordelen van de insolvabiliteit behoort tot de appreciatiebevoegdheid van de rechter. Art. 490bis S.Wb. definieert het kennelijk onvermogen evenmin, maar somt wel een aantal indices op waaruit de rechter het kennelijk onvermogen kan afleiden: overdreven persoonlijke uitgaven en onverantwoorde leningen, speelschulden, bevoordelingen van sommige schuldeisers na dagvaarding, enz...

94. De criteria die het Wetboek van Koophandel voorziet voor het toepassingsgebied van het faillissementsrecht zijn hier dus niet van toepassing. De Page acht het zelfs niet toelaatbaar het begrip "staking van betalingen" in het burgerlijk recht toe te passen zoals tegenover handelaars, omdat de regelmaat in de betalingen in het burgerlijk recht niet zo noodzakelijk is als in handelszaken (3). De geringere regelmaat in de betalingen maakt het vooral moeilijker om vast te stellen wanneer een debiteur zijn betalingen gestaakt heeft. De vaststelling dat zijn

(1) Zie A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 47 e.v., en J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 202, nr. 2630; - H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, III, Brussel 1967, p. 194, nr. 164.

(2) Zie art. 1276, 1446, 1613, 1865, 2003 B.W.; - H. DE PAGE, o.c., III, p. 194, nrs. 166 e.v., ook p. 195, nr. 167.

(3) H. DE PAGE, o.c., III, p. 195, nr. 167.

krediet geschokt is blijft wellicht wel een belangrijke aanduiding voor zijn insolvabiliteit. Cloquet neemt aan dat een burgerlijk debiteur onvermogen is wanneer zijn goederen niet volstaan om zijn schulden te dekken (1).

95. De vaststelling dat een debiteur zich in de staat van kennelijk onvermogen bevindt, beïnvloedt sommige overeenkomsten waarbij hij partij is:

- 1°) de schuldeiser die de schuldenaar door wie bij een schuldvernieuwing de delegatie is gedaan, van zijn verbintenissen ontslagen heeft, behoudt toch een verhaalsrecht op de delegerende schuldenaar indien deze zich op het ogenblik van de delegatie in de staat van kennelijk onvermogen bevond (2);
- 2°) de persoonlijke schuldeisers van de vrouw kunnen ten belope van hun schuldvorderingen de rechten van de vrouw uitoefenen bij faillissement of kennelijk onvermogen van de man (3);
- 3°) de leveringsplicht vervalt voor de verkoper indien de koper zich in de staat van kennelijk onvermogen bevindt en geen borg gesteld heeft voor de betaling op een bepaald tijdstip (4);
- 4°) de maatschap wordt ontbonden wanneer een van de partijen zich in de staat van kennelijk onvermogen bevindt (5);
- 5°) de lastgeving eindigt door de staat van kennelijk onvermogen van de lastgever of de lasthebber (6);

(1) A. CLOQUET, La faillite et le concordat, Les Nouvelles, Droit Commercial, IV, Brussel 1975, 2° uitg., p. 1, nr. 2;- in dezelfde zin: BELTJENS, Encyclopédie de droit commercial belge, 2° uitg., Brussel 1914, III, trefw. 'les faillites', p. 324.

(2) B.W., art. 1276.

(3) B.W., art. 1446.

(4) B.W., art. 1613.

(5) B.W., art. 1865.

(6) B.W., art. 2003.

6°) aangenomen wordt dat de debiteur die zich in de staat van kennelijk onvermogen bevindt, zoals de gefailleerde het voordeel van de tijdsbepaling verliest, waardoor al zijn schulden opeisbaar worden (1).

96. De gevolgen die het Burgerlijk Wetboek aan het kennelijk onvermogen toekent, beschermen de schuldeisers van een insolvabele debiteur door het instellen van hun vorderingen te vergemakkelijken. Deze gevolgen beïnvloeden evenwel de vorderingen van de schuldeisers zonder dat zij hun individuele vorderingsrechten verliezen. Wanneer een debiteur kennelijk onvermogen is, zijn geen regels voorzien om bij een samenloop van onbevoorrechte schuldeisers hun belangen collectief te behartigen, om zo een gelijke behandeling van hun vorderingen te waarborgen. Bij het instellen van een vordering door een chirografaire schuldeiser geldt daarom heel het vermogen waarop geen voorrechten gevestigd zijn als verhaalsobject, zonder dat rekening dient te worden gehouden met andere schuldvorderingen. Terwijl zoals verder zal worden besproken, bij het faillissement de gelijkheid van de schuldeisers wordt nagestreefd (2), geldt hier de prioriteit van de eerst vorderende. Het ontbreken van waarborgen voor een gelijke behandeling van de schuldeisers (3) wordt meestal vermeld als een van de belangrijkste verschilpunten met het faillissementsrecht, en als een van de voornaamste redenen om het toepassingsgebied van het faillissementsrecht uit te breiden (4). Rodière acht het daarentegen billijk dat een schuldeiser zijn eigen belangen behartigt en dat wie dit zorgvuldiger doet dan anderen voorrang op hen verkrijgt.

(1) B.W., art. 1180 en H. DE PAGE, o.c., III, p. 196, nr. 169.

(2) L. FREDERICQ, o.c., II, p. 429, nr. 1495;— J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., p. 204, nr. 2632.

(3) A. CLOQUET, Novelles, p. 127, nr. 2.

(4) Zie o.a. A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 48;— H. DE PAGE, o.c., IV, p. 195, nr. 166;— J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 202, nr. 2629.

Omdat hij het belang van de schuldeiser bij een betaling in burgerlijke zaken bovendien als een particulier en niet als een algemeen belang beschouwt, acht hij de regeling bij kennelijk onvermogen van een debiteur verantwoord (1). Rodière ontkent door deze opvatting niet dat schuldeisers in gelijke omstandigheden gelijk behandeld moeten worden, maar stelt dat zij ongelijk zijn. Het ontbreken van een concursusregeling leidt evenwel ook tot een gebrekkige bescherming van de schuldeisers tegen een bewust bevoordelen van een van hen door de debiteur, of tegen een voor hen ongunstig beheer van het resterend vermogen, omdat de debiteur het beheer van zijn vermogen behoudt (2). De belangen van de schuldenaar en sommige schuldeisers die beter worden beschermd wegens de geringe bescherming van andere schuldeisers, zijn daarom niet altijd even rechtmatig.

97. De gevolgen van het ontbreken van een adequate concursusregeling voor de onbevoorrechte schuldeisers worden slechts gedeeltelijk opgevangen door andere regelingen uit het B.W. De regelingen die ^{het} faillissementsrecht voorziet, worden het dichtst benaderd door de boedelafstand (3). De boedelafstand bestaat uit een afstand door de debiteur die zijn verbintenissen niet na kan komen, van geheel zijn vermogen aan zijn schuldei-

(1) R. RODIERE, o.c., p. 233, nr. 235.

(2) A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 47;- J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 202, nr. 2629.

(3) B.W., art. 1265-1270;- H. DE PAGE, o.c., III, p. 197 e.v.

sers. Het B.W. kent twee vormen van boedelafstand: de overeenkomst van boedelafstand of vrijwillige boedelafstand (1) en de gerechtelijke boedelafstand (2). De schuldeisers verwerven niet de eigendom van het vermogen van de schuldenaar, maar het recht om zijn goederen te verkopen, om met de verkoopprijs hun vorderingen te voldoen (3). De boedelafstand voorziet dus (zoals het faillissementsrecht) in een liquidatie volgens een onderling overeengekomen of door de rechter bepaalde procedure (4). De procedure, en het beheer van het vermogen tot de verkoop, wordt niet georganiseerd door het B.W., maar de betrokkenen stellen meestal een vereffenaar aan (5).

98. Om aan allen tegenstelbaar te zijn dient de overeenkomst van boedelafstand echter met de instemming van de debiteur en al de schuldeisers gedaan te worden. De gerechtelijke boedelafstand kan door de schuldeisers niet worden geweigerd, maar de rechter kan de boedelafstand alleen uitspreken als de schuldenaar ongelukkig en te goeder trouw is (6). De toepassingsvoorwaarden van beide vormen van boedelafstand beperken aanzienlijk het aantal gevallen waarin op deze figuur beroep kan worden gedaan, en dit vooral in die gevallen waarin de behoefte aan een collectieve liquidatie procedure het grootst is.

(1) B.W., art. 1267.

(2) B.W., art. 1268.

(3) B.W., art. 1269 spreekt alleen van de gerechtelijke boedelafstand, maar de rechtspraak past deze regel ook toe op de overeenkomst van boedelafstand: zie o.a. Brussel, 9 juni 1902, B.J. 1902, 1337.

(4) In een enkel geval nam een rechter in kortgeding gelijkaardige maatregelen buiten het kader van een gerechtelijke boedelafstand; zie Rb. Dendermonde, 13 april 1960, R.W. 1962-1963, kol. 278, met noot van J. EECKHOUT, besproken in Werkgroep Faillissementen, Rapport Faillissementen, Jura Falconis 1972-1973, nr. 5, p. 16.

(5) H. DE PAGE, o.c., III, p. 198, nr. 173.

(6) B.W., art. 1268.

Bij een bevoordeligen van een schuldeiser, of een vervreemden van een deel van het vermogen door de debiteur, kan immers geen gerechtelijke boedelafstand meer worden uitgesproken omdat de debiteur niet te goeder trouw is, en zal hij of een van de schuldeisers waarschijnlijk niet bereid gevonden worden om in te stemmen met een overeenkomst tot boedelafstand. Maar ook wanneer er wel aan de toepassingsvoorwaarden voor een boedelafstand is voldaan, blijven er belangrijke verschilpunten met het faillissementsrecht. Zo voorziet het B.W. geen regeling voor een verdachte periode waardoor een ongelijke of onbillijke behandeling van de schuldeisers vóór het uitspreken of sluiten van een boedelafstand effect blijft ressorteren. Anderzijds is de gerechtelijke boedelafstand minder gunstig voor de debiteur dan het concordaat, dat eveneens als een gunstmaatregel voor de ongelukkige schuldenaar te goeder trouw wordt beschouwd (1). De gerechtelijke boedelafstand bevrijdt de schuldenaar maar in de mate dat de waarde van de overgelaten goederen toelaat de schuldeisers te voldoen. Hij blijft verplicht de goederen die hij nadien verwerft over telaten tot hij zijn verbintenissen volledig is nagekomen (2). Deze regeling compenseert enigszins het ontbreken van een verdachte periode. Bij een overeenkomst tot boedelafstand geldt dezelfde regel, tenzij de partijen anders overeenkomen (3).

99. Ook de andere rechtsmiddelen die het burgerlijk recht toekent aan schuldeisers, bieden niet altijd de door velen gewenste bescherming tegen de ongelijke behandeling van schuld-

(1) Zie o.a. L. FREDERICQ, o.c., II, p. 295, nr. 2049 en J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 403, nr. 2903.

(2) B.W., art. 1270.

(3) H. DE PAGE, o.c., III, p. 198, nr. 173.

eisers of andere vormen van wanbeheer van de debiteur. Onder de voornaamste rechtsmiddelen waarover schuldeisers beschikken kunnen de voorrechten, de conservatoire maatregelen met o.a. het bewarend beslag, de rechtstreekse vordering, de actio pauliana, en de vordering tot geveinsd verklaring worden vermeld. De voorrechten en de conservatoire maatregelen bieden geen verhaal tegen de gevolgen van het wanbeheer van een debiteur. De voorrechten kunnen alleen de rechten op een deel van het resterend vermogen veilig stellen voor de schuldeisers die hen vestigen, en de conservatoire maatregelen helpen alleen de bestaande toestand bevroren voor wie het beslag legt (1). Beide vergroten zij dus de ongelijkheid tussen de schuldeisers en zij bieden alleen een effectieve bescherming voor schuldeisers die tijdig op de hoogte zijn van de insolvabiliteit of de dreigende insolvabiliteit van hun debiteur. Dit geldt vooral voor het beslag dat de tussenkomst van de rechter veronderstelt (2). Bij bewarend beslag onder derden kan de procedure sneller verlopen (3). Omdat aan de staat van kennelijk onvermogen geen publiciteit wordt gegeven (4) en zij dikwijls moeilijk kan worden vastgesteld (5), bieden daarom alleen de bij het tot stand komen van de vorderingen bedongen voorrechten een reële bescherming.

(1) Dit houdt evenwel niet in dat wie beslag legt bevoorrecht is op de goederen waarop beslag gelegd wordt. Zie A. CLOQUET, Novelles, nr. 2407. Andere schuldeisers kunnen evenwel slechts tussenkomen, of zelfs hun voorrechten laten gelden, vóór uitbetaling geschiedde bij ontbreken van een concursusregeling met verdachte periode.

(2) Ger. Wb., art. 1413 tot 1415.

(3) Ger. Wb., art. 1445.

(4) Zie o.a. A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 48.

(5) Zie o.a. H. DE PAGE, o.c., III, p. 195 en 196, nrs. 167 en 168.

De voorrechten waarop een schuldeiser tegenover een insolvabele niet-handelaar beroep kan doen, verschillen aanzienlijk van deze die hij in een faillissement kan laten gelden. Enerzijds kan hij geen beroep doen op de handelspand regeling (1), en het bezitloze pand op de handelszaak (2). Vooral deze laatste regeling biedt aanzienlijke voordelen in vergelijking met het in de art. 2073 e.v. B.W. georganiseerde pandrecht omdat de bezits-overdracht het in pand geven van zaken die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de bedrijfsactiviteit van de debiteur, onmogelijk maakt. Anderzijds kan de schuldeiser wegens het ontbreken van een verdachte periode nog hypotheken of pandrechten vestigen, zolang de betrokken goederen zich nog in het vermogen van de schuldenaar bevinden, een mogelijkheid die zoals eerder besproken niet zonder nadelen is voor de andere schuldeisers (3). Belangrijker is dan ook dat vermits art. 546 faillissementswet niet van toepassing is, het voorrecht van art. 20, 5° Hypotheekwet van de niet betaalde verkoper blijft gelden. De niet betaalde verkoper heeft daarom een voorrecht zolang het goed zich nog in het bezit van zijn schuldenaar bevindt. Dit voorrecht gaat verloren wanneer de goederen onroerend worden door bestemming, of incorporatie, tenzij het machines, toestellen, gereedschappen en andere uitrustingsmateriaal betreft dat (vermits het niet-handelaars betreft) in ambachts-ondernemingen gebruikt wordt. In dat geval blijft het voorrecht vijf jaar gelden indien de factuur binnen de vijftien dagen na de levering neergelegd wordt op de griffie van de rechtbank van koophandel (4). Bovendien behoudt de verkoper het recht op ontbinding van de overeenkomst. Hiermee hangt samen dat ook de clausules van eigendomsvoorbehoud blijven gelden (5). Het niet van toepassing zijn van het faillissementsrecht versterkt daarom de positie van de schuldeiser met een bijzonder voorrecht op bepaalde roerende goederen.

(1) Wb. v. Kooph., Boek I, titel VI, W. 5 mei 1872.

(2) W. 25 oktober 1919, B.S. 21 november 1919.

(3) Vgl. Wb. v. Kooph., art. 445.

(4) Zie verder art. 20, 5° Hyp.W.

(5) .../...

100. De zijdelingse vordering, de actio pauliana en de vordering tot geveinsd verklaring helpen de gevolgen van sommige vormen van wanbeheer niet alleen voorkomen, maar kunnen hen ook helpen bestrijden, door bepaalde goederen die er in rechte of in feite uit verdwenen op te laten nemen in het verhaalsobject van de schuldeisers. De zijdelingse vordering (1) schaadt daarbij de gelijkheid tussen de schuldeisers niet omdat zij de schuldeisers toelaat de vorderingen van hun debiteur in diens naam en voordeel in te stellen. De goederen of waarden die de debiteur naliet te vorderen, worden dus op initiatief van een schuldeiser bij het patrimonium van de schuldenaar gevoegd en strekken zo tot verhaalsobject voor alle schuldeisers (2). Voor het instellen van de zijdelingse vordering behoeft de schuldeiser geen uitvoerbare titel (3). Het volstaat dat de schuldeiser belang heeft bij het instellen van de vorderingen van zijn schuldenaar (4). Het toepassingsgebied van deze vordering is nochtans eerder beperkt omdat de schuldenaar alleen vorderingen in kan stellen inzake onbetwiste en opeisbare schulden betreffende goederen die vatbaar zijn voor beslag (5). Zij biedt dus een vrij efficiënte bescherming wanneer de debiteur nalaat zich te verrijken, maar nog niet wanneer hij zich verarmt.

(5) Zie o.a. P. COPPENS, Le problème des clauses de réserve de propriété dans l'avant-projet de convention européenne sur la faillite, in Idées Nouvelles dans le droit de la faillite, Brussel 1969, p. 240.

(1) B.W., art. 1166.

(2) H. DE PAGE, o.c., III, p. 209, nr. 183 c en p. 220, nr. 119.

(3) H. DE PAGE, o.c., III, p. 205, nr. 178, p. 208, nr. 183 en p. 217, nr. 194.

(4) H. DE PAGE, o.c., III, p. 216, nr. 191 A.

(5) H. DE PAGE, o.c., III, p. 210, nr. 185, p. 216, nr. 191 C, p. 229, nr. 211 e.v.

101. Wanneer de schuldenaar zich verarmt door het vervreemden van goederen die vatbaar zijn voor beslag (1), beschikt de schuldeiser over de actio pauliana, waarvan de toepassingsvoorwaarden nochtans veel limitatiever zijn. De benadeelde schuldeiser (2) kan de terugkeer alleen vorderen indien zijn schuldenaar zich frauduleus insolvabel maakte (3) en de derde verkrijger daarbij medeplichtig was. Omdat de schuldenaar bij ontbreken van een concursusregeling het beheer van zijn goederen behoudt, en er dus in principe vrij over kan beschikken, rijzen een aantal vragen betreffende de daden waardoor hij zich frauduleus verarmt. Het nakomen van eerder aangegane verbintenissen betekent geen nieuwe verarming, en ook het sluiten van nieuwe contracten brengt niet noodzakelijk een verarming. De bevoegdheid tot het sluiten van nieuwe contracten is overigens een logische consequentie van de optie om het toepassingsgebied van het faillissementsrecht te beperken tot handelaars. De Page wijst er dan ook op dat het principe van de gelijkheid van de schuldeisers daarom geen argument kan zijn tegen deze interpretatie van het toepassingsgebied van de actio pauliana (4). Men neemt nochtans aan dat een in principe geoorloofde betaling, toch voorwerp van een actio pauliana kan zijn wanneer het doel duidelijk is het bevoordelen van bepaalde schuldeisers ten nadele van andere door het veroorzaken van de insolvabiliteit van de schuldenaar. Handelingen waarvan het verarmend karakter niet wordt betwist dienen frauduleus te zijn om met een actio pauliana te worden bestreden. Maar de bewijslast is dan wel verlicht omdat aangenomen wordt dat het volstaat dat de debiteur weet dat hij zich verarmt en zo insolvabel maakt om aan de handeling een frauduleus karakter te verlenen. Bij handelingen om niet wordt het frauduleus karakter nog sneller verondersteld. In dit

(1) H. DE PAGE, o.c., III, p. 232, nr. 218.

(2) H. DE PAGE, o.c., III, p. 241, nr. 233.

(3) H. DE PAGE, o.c., III, p. 242, nr. 235.

(4) H. DE PAGE, o.c., III, p. 232, nr. 219, A en B.

geval is ook geen medeplichtigheid van de derde vereist. De medeplichtigheid van de derde bij handelingen onder bezwarende titel wordt eveneens verondersteld wanneer hij wist dat de tegenpartij zich verarmde en insolvabel maakte. Door deze interpretatie van de bewijslast is de bescherming van schuldeisers tegen handelingen waarbij hun schuldenaar zich onmiskenbaar verarmde groter dan een eerste overlopen van de toepassingsvoorwaarden van de actio pauliana laat vermoeden. Wanneer niet betwist wordt dat de schuldenaar zich verarmde en aangetoond kan worden dat de derde wist dat zijn contract-partner zich verarmde en insolvabel maakte, of dit niet aangetoond hoeft te worden, biedt de actio pauliana, samen met de zijdelingse vordering en de vordering tot geveinsd verklaring een redelijke bescherming tegen een moedwillig benadelen van ^{het} al de schuldeisers door de schuldenaar. Indien verarmend karakter van een handeling betwist kan worden, is de bescherming geringer wegens de zwaardere bewijslast. Dit geldt met name wanneer een schuldenaar sommige schuldeisers bevoordelt door eerst zijn verbintenissen tegenover hen na te komen. De actio pauliana beschermt de gelijkheid van de schuldeisers trouwens niet alleen niet door de omschrijving van haar toepassingsgebied. Zij kan ook door haar toepassing zelf een ongelijkheid van schuldeisers veroorzaken omdat de teruggevorderde goederen eerst tot verhaalsobject strekken voor de schuldeiser die de vordering instelde (1). Wanneer bovendien de medeplichtigheid van de derde bij handelingen onder bezwarende titel niet kan worden aangetoond, of de handeling niet als verarmend wordt beschouwd, kan geen actio pauliana worden ingesteld.

(1) H. DE PAGE, o.c., III, p. 253, nr. 245; dit houdt niet in dat de schuldeiser die de vordering instelt bevoorrecht is op de goederen die voorwerp zijn van de actio pauliana: zie A. CLOQUET, Novelles, nr. 1407.

102. De vordering tot geveinsd verklaring (1) laat ten slotte toe vast te stellen dat goederen die de debiteur slechts in schijn vervreemde, nog als verhaalsobject beschikbaar zijn. Omdat de goederen niet werkelijk vervreemd werden hoeft het toepassingsgebied niet beperkt te worden ter bescherming van de rechten van derden, en wegens het onrechtmatig karakter van de veinzing evenmin omwille van het beschikkingsrecht van de debiteur. De vordering verjaart niet, en wie haar instelt hoeft geen belang aan te tonen. De goederen die het voorwerp van de vordering zijn strekken bij voorrang tot verhaalsobject voor wie de vordering instelt. De rechtstreekse vordering beschermt dus zoals de actio pauliana de belangen van de andere schuldeisers alleen in de mate dat de instellende schuldeiser geen aanspraak meer hoeft te maken op een deel van het resterend vermogen, of de waarde van de goederen die het voorwerp van de vordering zijn, hoger is dan de schuldvordering van de instellende schuldeiser.

103. Dit beknopt overzicht van de rechtsmiddelen waarover een schuldeiser beschikt tegenover een insolvabele (kennelijk onvermogende) niet-handelaar, wijst er op dat de beperking van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht tot handelaars belangrijke consequenties heeft voor de bescherming van de niet bevoorrechte schuldeisers. Omdat de schuldenaar in tegenstelling tot de gefailleerde handelaar het beheer over zijn vermogen behoudt, kan hij in principe nieuwe verbintenissen aangaan. De rechtstreekse vordering, de actio pauliana en de vordering tot geveinsd verklaring helpen alleen de meest flagrante vormen van wanbeheer van de debiteur, dat door deze regeling niet wordt voorkomen, bestrijden. De bescherming is daarbij duidelijk groter tegen de gevolgen van de nalatigheid van de debiteur en

(1) H. DE PAGE, o.c., II, p. 624, nr. 639 e.v. en III, p. 261, nr. 257 e.v.

tegen geveinsde verarmingen of een verarming door vervreemding om niet, dan tegen een verarming door vervreemding onder bezwarende titel. Ook deze verarmingen worden nochtans niet altijd onmiddellijk gecompenseerd door een verrijking en kunnen althans tijdelijk een bijkomende bezwaring van het patrimonium betekenen. Het behouden van de beschikkingsbevoegdheid van de debiteur is trouwens in vele gevallen evenmin in het belang van wie met de insolvable wordende debiteur contracteert, als in dat van de andere schuldeisers. Zij worden niet zelden zelf ook schuldeiser en zijn dus mede het slachtoffer van de toename van het aantal vorderingen of het slinken van het verhaalsobject. Het onttrekken van het beheer aan de insolvable debiteur kan dergelijke ondeskundige handelingen verhinderen, en een grotere publiciteit zou derden tijdig waarschuwen. Het zou ook beletten dat zelfs frauduleuze handelingen waarvan het verarmend karakter niet betwist wordt, gehandhaafd moeten worden ter bescherming van de belangen van derden waarvan de medeplichtigheid niet kan worden bewezen. Dit stelt onmiddellijk het probleem van de ongelijkheid van de schuldeisers dat samen met de gebrekkige bescherming tegen ondeskundig beheer en het gebrek aan publiciteit tot waarschuwing van wie met de debiteur wil contracteren, tot de belangrijkste consequenties van het beperken van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht wordt gerekend voor de bescherming van de schuldeisers van niet-handelaars. De geringe bescherming tegen de gevolgen van een vervreemding onder bezwarende titel wordt niet alleen niet helemaal verantwoord door de bescherming van de belangen van derden. Zij volgt ook deels uit de interpretatie mogelijkheden van het begrip verarming. Het beschermen van de belangen van derden die in extremis met de debiteur contracteren, houdt dikwijls al een bevoordelingen van deze groep in tegenover de schuldeisers die vroeger in tempore non suspecto met de debiteur contracteerden. Ook tussen deze vroegere crediteurs wordt geen gelijkheid nagestreefd. Het ontbreken van een concursusregeling, de gevolgen van de actio pauliana en de vordering tot geveinsd verklaring, helpen elk tot het versterken van de positie van de eerst vorderende schuldeiser. Vermits aan de staat van kennelijk onvermogen geen publi-

citeit wordt gegeven en zij dikwijls moeilijk kan worden vastgesteld, kan dit niet worden verantwoord als een begunstigen van de meest zorgzame schuldeiser. Omdat een beroep op de regeling van de boedelafstand dikwijls is uitgesloten wanneer de behoefte daartoe het grootst is, biedt alleen de voorrechtenregeling voldoende bescherming voor voorzichtige crediteurs. Het aantal voorrechten en vergelijkbare clausules dat bij insolventie van een niet-handelaar tegenstelbaar blijft, is groter dan in het faillissementsrecht. De positie van de bevoorrechte schuldeiser is daarom eerder sterker dan bij een faillissement. Dit verscherpt verder de ongelijkheid tussen de verschillende schuldeisers. De gevolgen van deze lacunes in de burgerrechtelijke regeling worden wel gedeeltelijk gemilderd door de strafrechtelijke regeling die ingevoerd werd in art. 490bis S.Wb. Wanneer een debiteur na een dagvaarding tot betaling andere schuldeisers heeft bevoordeeld, of zijn goederen geheel of gedeeltelijk heeft vervreemd of met zakelijke rechten belast, kan de rechter oordelen dat de debiteur zelf zijn onvermogen heeft veroorzaakt, en hem daartoe voorziene straffen opleggen. Het voorzien van deze strafbepalingen zal in een aantal gevallen ook toelaten een vordering tot schadevergoeding te staven tegenover hen die zijn schuldeisers op de strafbare wijze heeft benadeeld.

d) gevolgen van het ontbreken van een adequate regeling tegenover niet-handelaars

104. Wegens het belang van de verschillen tussen de regels die tegenover handelaars en niet-handelaars gelden, voor de rechtsbescherming van de schuldeisers, hoeft het niet te verwonderen dat men waar mogelijk het toepassingsgebied van het faillissementsrecht tracht uit te rekken door een soepele qualificatie van de bedrijfsactiviteit van de debi-

teur. Dit leidt in grensgevallen uiteraard tot sterk verwrongen constructies (1). Een uitbreiding van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht zal ongetwijfeld meer klaarheid brengen in deze situaties. Omdat de behoefte aan deze noodoplossingen onmiddellijk volgt uit de belangrijke verschillen tussen het faillissementsrecht en de regeling die geldt bij kennelijk onvermogen, kan dit argument evenwel tot het voorgaande worden herleid.

(1) Zie bijv. A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 48 en het daar besproken vonnis van de Rb. v. Kooph. Gent, 15 juli 1898, Jur. Comm. Fland. 1900, 2151, betreffende het failliet verklaren van notarissen.

e) moeilijkheden bij het afbakenen van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht

105. Een probleem waarvan de relevantie deels bepaald wordt door het vorige argument, maar daar niet mee samenvalt, betreft de twijfel die dikwijls rijst bij het afbakenen van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht wegens moeilijkheden bij het bepalen van wie handelaar is (1).

106. Indien vragen over het al dan niet handelaar zijn meestal in het kader van faillissementsrechtelijke procedures gesteld zouden worden, zou een uitbreiding van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht zelfs een vrij globale oplossing bieden voor het gebrek aan rechtszekerheid dat veroorzaakt wordt door de gebrekkige omschrijving van het begrip handelaar. Zoals uit een, weliswaar beperkte, steekproef blijkt, spreken de feiten dit eerder tegen (bij de eerste 50 uitspraken inzake het begrip handelaar die vermeld worden door het Répertoire Décennal de la Jurisprudence Belge 1956-1965, werd de vraag zeven maal gesteld in een faillissementsrechtelijke context, en drieënveertig maal in verband met andere vragen, zoals de bevoegdheid van de Rechtbank van Koophandel) (2). Van vierenzestig uitspraken inzake de toepassingsvoorwaarden die voor dezelfde periode worden vermeld, betroffen negentien het al dan niet handelaar zijn van de betrokkenen (3). Hiermee wordt evenwel niet ontkend dat de gebrekkige afgrenzing van het begrip handelaar problemen stelt bij het toepassingsgebied van het faillissementsrecht en daarom een argument inhoudt om de toepassing van het faillissementsrecht afhankelijk te maken van de hoedanigheid van handelaar.

(1) Zie o.a. A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 50 e.v. en over het afbakenen van het begrip handelaar BUKA EKA NGOY, o.c., p. 151 e.v., 157 e.v., 166 e.v., 177 e.v. en 193 e.v.

(2) Répertoire Décennal de la Jurisprudence Belge, 1956-1965, II, trefw. 'commerçant-commerce' uit de nrs. 1-31 en 37-65, Brussel 1967.

(3) Idem, III, trefw. 'faillite', nrs. 1-64, Brussel 1968.

107. De onduidelijke afgrenzing van het begrip handelaar dwingt bovendien tot het zoeken van criteria die soms arbitrair voorkomen, zoals geïllustreerd wordt door de rechtspraak inzake het begrip levering (1). Dit heeft tot gevolg dat op twee situaties die in feite een grote gelijkenis vertonen, soms duidelijk verschillende regels gelden om de betrekkingen te regelen tussen schuldeisers en een insolvabele debiteur.

4) Besluit

108. De bespreking van deze argumenten moge volstaan om aan te tonen dat er belangrijke verschillen bestaan tussen de regels van het faillissementsrecht en deze die van toepassing zijn bij kennelijk onvermogen van een niet-handelaar, en dat de gebrekkige omschrijving van het begrip handelaar moeilijkheden kan veroorzaken bij het afbakenen van de toepassingsgebieden van beide regelingen. Uit deze moeilijkheden volgt dat in grensgevallen in twee gelijkaardige situaties de rechten van de betrokkenen belangrijk kunnen verschillen wegens het toepassen van verschillende regelingen. Het gelijkheidsbeginsel, dat toch tot de grondbeginselen van ons recht mag worden gerekend (2), vergt daarom een verder onderzoeken van de criteria die gebruikt worden bij het afbakenen van het toepassingsgebied van faillissementsrecht of het omschrijven van het begrip handelaar. In het raam van deze studie hoeft niet verder nagegaan te worden of buiten dit grensgebied situaties voorkomen die zo van elkaar verschillen dat zij juist die verschillen verantwoorden die bestaan tussen het faillissementsrecht en de regels die bij kennelijk onvermogen van een niet-handelaar worden toegepast. Eerder

(1) Zie bijv. A. CLOQUET, *Idées Nouvelles*, p. 50 e.v.;- L. FREDERICQ, *o.c.*, I, p. 26, nr. 22, zoals aangevuld door nr. 22 p. 76 van Bijvoegsel bij het handboek van het Belgisch handelsrecht, Brussel 1970.

(2) Zie o.a. G.W. art. 6 en W. VAN GERVEN, *S.E.W.* 1971, p. 408 e.v.;- zie hierover eerder afdeling I van dit hoofdstuk.

werd al gesteld dat de eigen aard van het economisch recht een geëigende "faillissementsregeling" kan verantwoorden voor het organiseren van de verhoudingen tussen schuldeisers en insol-vabele ondernemingen die beroeps- of bedrijfsmatig tegen ver-goeding goederen produceren of distribueren of diensten ver-zekeren. Hier dient dus alleen de vraag beantwoord te worden of de verschillen tussen beide regelingen verantwoord zijn in-zoverre de grens tussen hun toepassingsgebied door dat van het economisch recht loopt.

109. Beide grenslijnen lopen vooral uit elkaar bij de am-bachtslieden, waar voor de toepassing van het faillissements-recht een gewoonlijk, zij het bijkomstig, leveren van koopwaar vereist is (1), in de immobiliënsector, waar het faillissements-recht slechts van toepassing zou zijn op ondernemingen die on-roerende goederen kopen om hen verder te verkopen, en niet op hen die deze goederen kopen of huren om ze te verhuren (2), in de landbouw die niet tot het toepassingsgebied van het han-delsrecht wordt gerekend (3), en bij de vrije beroepen (4). In elk van deze sectoren lijkt het beroeps- of bedrijfsmatig karakter van de economische bedrijvigheid een belangrijker ken-merk dan het zelfs niet bijkomstig leveren van koopwaar, het verhuren in plaats van verkopen van onroerende goederen of van onroerende in plaats van roerende goederen, het beoefenen

(1) L. FREDERICQ, o.c., I, p. 36, nr. 22, zoals aangevuld door het Bijvoëgsel p. 76, nr. 22.

(2) Zie L. FREDERICQ, o.c., I, p. 34, nr. 18 en p. 49, nr. 35.

(3) L. FREDERICQ, o.c., I, p. 38, nr. 24.

(4) Vgl. J. STEENBERGEN, T.P.R. 1974, p. 269 e.v., nrs. 84 e.v., en A. CLOQUET, Novelles, nrs. 77 e.v.

van landbouw in plaats van veeteelt, het onderscheid in winst-oogmerk tussen de dienstverlenende beroepen die tot de niet commerciële vrije beroepen worden gerekend en andere. Het beroeps- of bedrijfsmatig karakter bepaalt meer dan andere kenmerken de graad van deskundigheid die men van de beoefenaars van een economische activiteit verwachten mag, en de omvang van hun verbintenissen. Een uitbreiding van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht tot dat wat eerder voor het economisch recht werd voorgesteld, zou beter aan de economische werkelijkheid beantwoorden.

110. Ook de belangrijke interpretatiemoeilijkheden bij het afbakenen van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht krijgen zo een afdoende oplossing. Het opteren voor het beroeps- of bedrijfsmatig karakter van een economische bedrijvigheid en de financieringswijze van de ondernemingsactiviteit, houdt een objectiveren in van de criteria die de subjectieve daden van koophandel van burgerlijke handelingen onderscheiden, en een vereenvoudiging van de omschrijving van de daden van koophandel. De qualificatieproblemen betreffende het subjectief commerciële karakter verdwijnen niet volledig. Het overnemen van de criteria die voorgesteld werden voor de omschrijving van het economisch recht, stelt ook bij het afbakenen van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht de vraag naar de opportuniteit én de bruikbaarheid van het voorgestelde onderscheid met de economische activiteiten van de overheid, zoals eerder werd besproken bij het toetsen van de relevantie van de voorgestelde omschrijving van het economisch recht in het faillissementsrecht sensu lato. Deze problemen verschillen van de thans gekende moeilijkheden evenwel alleen al hierdoor, dat zij rechtstreeks de wenselijkheid van het toepassen van het faillissementsrecht betreffen, en niet de opportuniteit van de afgrenzing van het toepassingsgebied in gevallen waar men de toepassing van het faillissementsrecht wenst.

111. Ook het bedrijfsmatig karakter van een bedrijvigheid kan, vooral wanneer de bedrijvigheid slechts een bijkomende bedrijfsactiviteit van de betrokkene is, aanleiding geven tot betwistingen betreffende de opportuniteit van de toepassing van het faillissementsrecht. Hier wordt het probleem echter niet gesteld door het aangewende criterium, maar door de omvang van de bedrijfsactiviteit. Bij de omschrijving van het economisch recht werd al aangestipt dat veel van de redenen die een onderscheid tussen algemeen burgerlijk recht en economisch recht verantwoorden kunnen, alleen voor grotere ondernemingen gelden. Dit geldt ook voor het toepassingsgebied van faillissementsrecht. Wanneer men het wenselijk acht verschillende regelingen te voorzien voor het organiseren van de verhoudingen tussen schuldeisers en insolvabele debiteurs, lijkt het logisch dit onderscheid te maken omwille van de omvang van de verbintenissen en de graad van deskundigheid van de debiteur. Het faillissementsrecht dient dan niet van toepassing te zijn op kleinere ondernemingen waarmee de ondernemers eigenlijk zoals particulieren aan het economisch leven deelnemen. Maar dit betreft niet alleen bepaalde personen (of ondernemingen) die door toepassing van de hier voorgestelde criteria tot het toepassingsgebied van het faillissementsrecht zouden behoren, maar evenzeer kleinere ondernemingen of ondernemers die volgens de thans geldende criteria handelaar zijn. Bij het omschrijven van het economisch recht werd er om pragmatische redenen de voorkeur aan gegeven het onderscheid tussen grote en kleine ondernemingen niet in te bouwen in de definitie, maar hen per sector uit het toepassingsgebied van bepaalde regelingen te sluiten indien daartoe reden bestaat. Bij het bestuderen van het faillissementsrecht zal dan ook getracht worden de wenselijkheid daarvan te onderzoeken (1).

(1) De wenselijkheid van het handhaven van verschillende reglementeringen zal zoals gezegd, niet worden onderzocht. Het beoordelen van de wenselijkheid van het onderscheiden van grote en kleine ondernemingen zal terzake nochtans wel bepaalde aanduidingen geven.

§ 3. De studie van de rechtsbescherming bij ondernemingen in moeilijkheden

A. De betrokken belangengroepen

112. Bij procedures die de betrekkingen tussen schuldeisers en schuldenaars regelen ligt een grove indeling van de betrokkenen voor de hand: enerzijds zijn er de schuldeisers en anderzijds de schuldenaars. Het faillissementsrecht, en vooral het faillissement sensu stricto, beoogt ongetwijfeld de bescherming van de belangen van de schuldeisers (1). Het vertrouwen in de kredietwaardigheid van handelspartners wordt evenwel onmisbaar geacht voor een normaal handelsverkeer in een markteconomie waarin principiëel de vrijheid tot contracteren geldt (2), en contracten de partijen tot wet strekken (3). De regels die de betrekkingen van ondernemingen met hun insolvabele contractpartners regelen, of het opsporen van insolvabele debiteurs beogen, worden daarom tot de essentiële elementen in de juridische organisatie van een markteconomie gerekend (4)

113. Uit het voorgaande volgt nochtans niet dat het algemeen belang, zoals dat in een bepaalde periode gezien werd, altijd samenvalt met het belang van de schuldeisers. De mate waarin

(1) Zie bijv. L. FREDERICQ, o.c., II, p. 425, nr. 1492; I. CRUCHLEY, A handbook on bankruptcy, law and practice, 2° uitg., London 1964, p. 1 e.v.

(2) Zie bijv. W. VAN GERVEN, S.E.W. 1971, p. 407.

(3) B.W., art. 1134.

(4) Zie voor een uitvoerig historisch overzicht, met bespreking van het Grieks, Hebreeuws, Romeins, Italiaans en oud-Belgisch recht: RENOARD, o.c., p. 6 e.v. Zie ook CICERO, de Republica, 33 en 34 en LIVIUS, VIII, hfdst. 28 (geciteerd bij Renouard). Zie voor een historisch overzicht, verder, L. FREDERICQ, o.c., II, p. 427, nr. 1494; vooral voor Frankrijk: R. RODIERE, o.c., p. 234, nr. 236; vooral voor Nederland: M. POLAK en N.J. POLAK, Faillissement en surséance van betaling, Ib, 16° uitg., Groningen 1969, p. 30 e.v.; voor Engeland verdient vooral aandacht dat deze materie al erg vroeg bij wet werd geregeld: zie I. CRUCHLEY, o.c., I, p. 3 e.v. Zie verder voor België: A. CLOQUET, Novelles, nrs. 11 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 191, nr. 2618 en p. 202, nr. 2630.

het afschrikkingseffect van een sterk strafrechtelijk gekleurd faillissementsrecht, faillissementen helpt voorkomen, kan moeilijk worden nagegaan. Maar eens een faillissement onafwendbaar is, wordt erg betwijfeld of de belangen van de schuldeisers efficiënt gediend worden door een dergelijk faillissementsrecht. Al vroeg werd aangevoerd dat handelaars uit vrees voor de gevolgen van een te sterk repressief georiënteerd faillissementsrecht, het neerleggen van hun boeken tot het uiterste trachten uit te stellen, waarbij meestal ook de activa waarover zij bij het begin van de moeilijkheden nog beschikten, voor de schuldeisers verloren gaan (1).

114. Het repressief karakter van het faillissement is een zeer diep ingewortelde kentrek van dit instituut die ook door een afzwakken van de strafrechtelijke gevolgen die er vooral onder het Napoleontische regime aan verbonden werden, nooit werd uitgewist (2). Zelfs in Nederland, waar het faillissement juridisch alleen het vermogen van de schuldenaar treft en het zijn persoon niet raakt (3), behield het in de ogen van het publiek een duidelijk ontierend karakter (4). Ook een zo drastische wijziging van het juridisch karakter van het faillissement hielp dus de weerstanden waarvan zowel schuldeisers als schuldenaars het slachtoffer zijn, niet volledig overwinnen.

Het hoeft dus niet te verwonderen dat in een groot aantal landen naast het faillissementsrecht andere procedures ingevoerd werden om in een minder gevoelsgeladen sfeer naar een efficiënte oplossing te zoeken voor de problemen die tussen schuldeisers en debiteurs rijzen (5). De behoefte aan

(1) Zie o.a. L. FREDERICQ, o.c., II, p. 428, nr. 1494 en p. 403, nr. 2903; - W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 129, nr. 18; - J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 199, nr. 2625 en p. 403, nr. 2903; - vooral voor Frankrijk: R. HOUIN, Permanence de l'entreprise à travers la faillite, in Liber Amicorum Baron L. Frédéricq, II, Gent 1966, p. 611.

(2) Zie o.a. J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 201, nr. 2627; - zie voor het uitzonderlijk sterk repressief karakter dat het faillissementsrecht zeer lang (eigenlijk tot de lex Julia een alternatief bood) behield in de Oudheid: RENOARD, o.c., p. 8 e.v., en de daar geciteerde uitval van Cicero tegen een eerdere (na later bleek onvoldoende) milderende van de regeling door de lex Paetilia (A.R. 429 (428)): CICERO, Philippica II, hfdst. 27.

(3) Onder voorbehoud van de door POLAK en POLAK op p. 14 en 15 vermelde bepalingen.

(4) M. POLAK en N.J. POLAK, o.c., p. 13 e.v.

(5) .../...

alternatieve procedures is nog groter in landen zoals Frankrijk, waar het faillissement sinds het decreet van 20 mei 1955 noodzakelijk leidt tot de vereffening van de onderneming (1). Een onmiddellijke vereffening blijkt immers vooral voor de chirograire schuldeisers dikwijls tot de gunstigste resultaten te leiden (2). Maar dat ook in landen waar een akkoord na faillissement mogelijk is, procedures ingevoerd werden die een akkoord buiten faillissement organiseren, wijst op de niet te onderschatten psychologische nadelen van het repressief karakter van het faillissement (3), en zo op de mogelijke discrepantie tussen de wijze waarop men in het faillissement sensu stricto het algemeen belang tracht te beschermen, en het belang van de schuldeisers. Niet alleen in Frankrijk (4), maar ook in België wordt immers soms vooral door de schuldeisers aangedrongen op een concordaat, dat zowel in het belang van de schuldeisers werd ingevoerd als in dat van de schuldenaar die "ongelukkig en ter goeder trouw" is (5).

(5) Zie bijv. L. FREDERICQ, o.c., II, p. 895, nr. 2049;- J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 403, nr. 2903;- en voor een beknopt rechtsvergelijkend overzicht van deze procedures: M. POLAK en N.J. POLAK, o.c., p. 15 e.v.;- dezelfde overwegingen hebben mede geleid tot het voorontwerp van wet betreffende het beheer met bijstand, voorbereid door een werkgroep onder voorzitterschap van Professor R. VANDEPUTTE: zie memorie van toelichting, nota van de afdeling wetgeving van het ministerie van justitie, p. 5.

(1) Zie o.a. R. HOUIN, Liber Amicorum L. Frédéricq, p. 611.

(2) Zie o.a. R. HOUIN, Liber Amicorum L. Frédéricq, p. 611;- M. POLAK en N.J. POLAK, o.c., p. 16 e.v.;- J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 363, nr. 2836.

(3) Zie in dit verband vooral het invoeren van een dwang-akkoord na faillissement in Nederland door de wet van 7 februari 1935 (Ned. Stsbl. 1935, 41). Bij het invoeren van het dwang-akkoord was het faillissement al gedepenaliseerd en kende men al een akkoord na faillissement. Bovendien kan sinds de wet van 16 mei 1925 (Ned. Stsbl. 1925, 192) ook na het weigeren van de homologatie van zo een akkoord nog toelating gekregen worden om het bedrijf voort te zetten. De behoefte om zo lang mogelijk de continuïteit van ondernemingen te verzekeren kan dan ook niet het enige motief geweest zijn voor het invoeren van een dwang-akkoord na faillissement. Zie M. POLAK en N.J. POLAK, o.c., p. 10, nr. 274 e.v. Zie ook W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 129, nr. 18.

(4) Zie bijv. R. HOUIN, Liber Amicorum L. Frédéricq, p. 611.

(5) Zie L. FREDERICQ, o.c., II, p. 895;- J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 403, nr. 2903.

115. De opvattingen over wat het algemeen belang vraagt zijn inmiddels ingrijpend beïnvloed door de voortdurende groei van de ondernemingen. Een goed bedrijfsbeleid is thans zeker niet minder belangrijk dan vroeger. Maar wanneer men geen onderscheid maakt tussen de leiding van een onderneming en de onderneming zelf, treft het sanctioneren van wanbeheer een groot aantal mensen die zelf zomin als de schuldeisers voor dit beheer verantwoordelijk zijn (1). Het algemeen belang vraagt daarom niet alleen procedures die de rechten van de schuldeisers beschermen, maar ook een bescherming van de onderneming van de debiteur in het belang van de werknemers, en meer algemeen in dat van de regio waarin de onderneming is ingeplant. Dit geldt in bijzondere mate wanneer het ondernemingen betreft die, juist omdat hun werking voor het algemeen belang belangrijk werd geacht, staatssteun ontvingen (2).

116. Samengevat dient bij het bestuderen van de rechtsbescherming bij ondernemingen in moeilijkheden aandacht besteed te worden aan de positie van:

- de schuldeisers - zij die met de onderneming-debiteur contracteerden;
 - de onderneming-debiteur, de verschillende belangengroepen in die onderneming en zij die voor het beleid van de onderneming verantwoordelijk zijn;
- en met de opvattingen inzake het algemeen belang van de instanties die bevoegd zijn om dit in te roepen.

(1) Zie bijv. R. HOUIN, Liber Amicorum L. Frédéricq, p. 609.

(2) Zie o.a. W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 120. Het faillissementsrecht heeft weliswaar altijd aandacht besteed aan de rechten van de debiteur, maar beoogde daarbij vooral het vrijwaren van de rechten van de verdediging en het waarborgen van een redelijk inkomen voor de debiteur en zijn familie. De onderneming werd uitsluitend als executieobject beschouwd. Zie o.a. A. CLOQUET, Novelles, p. 418 e.v., nrs. 1075 e.v.;- J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 253 e.v., nrs. 2697 e.v.

B. Indeling van het economisch recht voor het bestuderen van de rechtsbescherming bij ondernemingen in moeilijkheden

1) indelingscriteria

117. Bij de omschrijving van het faillissementsrecht werd al vermeld dat de faillissementsrechtelijke procedures gemeen hebben dat zij een schuldenaar confronteren met schuldeisers, waarvan de vorderingen bij hypothese niet betwist worden. De onbetaalde verkoper betreurt in de grond niet zo zeer zijn verkoop als het feit dat de koper niet betaalt. En wie een gebouw laat optrekken door een aannemer die tijdens de uitvoering van de werken failliet verklaard wordt, betwist de kwaliteit van het gebouw of de gestipuleerde prijs niet, maar betreurt dat de aannemer de werken niet kan voltooien volgens de overeengekomen voorwaarden. Zeker wanneer een deel van hun vorderingen verloren gaat of zij op een andere wijze schade lijden, zouden beide schuldeisers niet met de gefailleerde gecontracteerd hebben indien zij wisten dat hij zijn verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Maar met solvabele contractpartners willen zij eenzelfde contract wellicht opnieuw sluiten. Misschien hebben de koper en de aannemer meer redenen om de bepalingen van het contract te betreuren, en getuigde het sluiten ervan van een roekeloos of ondeskundig beheer. Misschien bleven hen geen betere alternatieven open.

118. Het feit dat niet het beoordelen van de wenselijkheid, maar van de uitvoerbaarheid van de contracten waaraan de schuldeisers hun vorderingen ontleen, centraal staat in faillissementsrechtelijke procedures helpt verklaren dat al bij een eerste overlopen van de belangen van de betrokkenen in de vorige alinea's de opvatting naar voor kwam dat het voortzetten van de onderneming van de debiteur dikwijls voor elk van hen tot de minst ongunstige resultaten leidt (1). Een faillissement is een

(1) Deze stelling is niet in tegenspraak met de algemene opvatting dat indien een liquidatie van de onderneming onvermijdbaar is, het vooral voor de schuldeisers haast altijd belangrijk is dat de onderneming zo vlug mogelijk wordt vereffend om een verder afbrokkelen van de activa te vermijden. Hier wordt immers alleen gesteld dat het voor iedereen meestal voordeliger is indien een vereffening kan worden vermeden.

incident dat het normale verloop van het handelsverkeer stremt (1). Zelfs wanneer de verkoopwaarde van de activa nog volstaat om de openstaande vorderingen van de schuldeisers te voldoen, betekent het liquideren van de onderneming ook voor hen het verlies van een klant of leverancier waarop hun onderneming misschien in aanzienlijke mate was afgestemd. Eens de activa ontoereikend geworden zijn kan alleen nog over een billijke verdeling van de activa en het tekort worden gesproken (2). Elke uitkering aan een schuldeiser betekent dan noodzakelijkerwijze een verscherpen van het verlies voor anderen. Voor de werknemers en de ondernemers of aandeelhouders is het voortzetten van de onderneming wellicht haast altijd de gunstigste oplossing. Uit de essentie van het faillissementsrecht en, in meer algemene termen, van de regels inzake ondernemingen in moeilijkheden, volgt daarom eigenlijk al dat de meest effectieve, en misschien de enige effectieve bescherming van (de rechten en) de belangen van de betrokkenen geboden wordt door maatregelen ter voorkoming van een faillissement, of althans van een liquidatie van de onderneming op een ogenblik dat de activa ontoereikend zijn geworden om de schulden te dekken. Daarna kan alleen nog worden getracht de schade te beperken. Hieruit volgt dat het bij het indelen van de regels inzake ondernemingen in moeilijkheden voor het bestuderen van de rechtsbescherming, aanbeveling verdient een onderscheid te maken tussen procedures en rechtsmiddelen voor het voorkomen van faillissementen of het behoud van ondernemingen, en maatregelen die tot de sluiting van ondernemingen kunnen leiden. Deze logische indeling sluit nochtans moeilijk aan bij de structuur van het Belgisch faillissementsrecht.

(1) Zie bijv. de indeling van R. SAVATIER en J. en J.M. LELOUP, Le droit des affaires, Paris 1967, p. 417 e.v.

(2) Zie in deze zin ook W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 120.

119. De terminologie ligt voor de maatregelen ter voorkoming van faillissementen niet vast. In de ruime betekenis duidt de term alle maatregelen aan ter voorkoming van een faillissement in de zin van Boek III Wetboek van Koophandel (1). Praktisch omvatten zij dan vooral de maatregelen ter voorkoming van de gevolgen van een faillissement voor de gefailleerde (2). Wellicht even belangrijk voor de gefailleerde en belangrijker voor andere betrokkenen is het onderscheid tussen procedures die 1 idem tot een liquidatie van de onderneming en maatregelen die een liquidatie helpen voorkomen. Maar dit economisch meer relevante criterium laat geen sluitende indeling van de Belgische faillissementsrechtelijke procedures toe (3). Het faillissement leidt zelf niet altijd tot een liquidatie, maar kan in een akkoord na faillissement de voortzetting van de onderneming voorzien (4). Anderzijds kan ook in een gerechtelijk akkoord tot de liquidatie van een onderneming worden besloten (5), en beogen instanties zoals de opsporingsdienst voor wankele bedrijven niet alleen het voorkomen van een zo ernstige insolvabiliteit dat een liquidatie onvermijdelijk wordt, maar in tweede instantie ook het tijdig uitspreken van een faillissement om een te ver afbrokkelen van het verhaalsobject van de schuldeisers te vermijden (6).

(1) Zie bijv. A. CLOQUET, Novelles, nrs. 553 e.v.;- zie ook L. FREDERICQ, E. VAN DIEVOET en R.P. CLEVERINGA, Preadviezen over maatregelen ter voorkoming van faillissement en surséance van betaling, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1955.

(2) Zie voor deze gevolgen o.a. A. CLOQUET, Novelles, 1294 e.v., nrs. 1387 e.v.;- J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 225-226, nrs. 2661-2664.

(3) Dit in tegenstelling tot de indeling van het Franse faillissementsrecht, waar de mogelijkheid om een onderneming terug leefbaar te maken het beslissende criterium is bij de keuze tussen een 'règlement judiciaire' en een faillissement. Zie hierover o.a. R. HOUIN, Innovations de la loi française en matière de faillite et de procédures collectives, in Idées Nouvelles dans le droit de la faillite, 4ème journée J. DABIN, Brussel 1969, p. 123.

(4) Zie bijv. J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 363, nr. 2836;- L.F. GANSHOF, o.c., p. 125 e.v.;- en meer in het bijzonder voor Frankrijk, waar een concordaat alleen gesloten kan worden in het kader van een 'règlement judiciaire': R. HOUIN, Liber Amicorum L. Frédéricq, p. 611 en R. RODIERE, o.c., p. 309, nrs. 307 e.v.

(5) J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 374, nr. 2857.

(6) J. VAN DER GUCHT, De opsporingsdienst voor wankele bedrijven ingericht bij de Rechtbank van Koophandel te Brussel, B.R.H. 1968, II, p. 708;- Werkgroep Faillissementen, Jura Falconis 1972-1973, nr. 5, p. 9.

120. Wel kunnen voor de studie van maatregelen ter voorkoming van faillissementen en de toepassing van het faillissementsrecht drie of vier fazen worden onderscheiden.

2) eerste faze

121. Een eerste faze betreft maatregelen tot het behoud van ondernemingen of voor het voorkomen van faillissementen die nog niet tot het faillissementsrecht kunnen worden gerekend. Daarbij kan op de eerste plaats worden gedacht aan maatregelen om bij het oprichten van ondernemingen waarborgen te zoeken voor hun levensvatbaarheid. Maar ook aan elke andere bepaling uit het economisch recht die de financiële positie van een onderneming gunstig beïnvloedt. Deze bepalingen en maatregelen worden niet systematisch onderzocht, en alleen terloops besproken wanneer zij aansluiten bij bepalingen die nauwer aansluiten bij het onderwerp van deze studie (1).

3) tweede faze

122. Wanneer een onderneming werkt is een eerste voorwaarde om een faillissement te kunnen voorkomen een voldoende informatie over de financiële toestand van ondernemingen. Zonder deze informatie kan een ondernemingsleiding zijn beleid onmogelijk aanpassen aan de mogelijkheden van zijn onderneming (2), en kunnen ook derden die met de onderneming contracteren, het financieel risico van een transactie niet appreciëren. Een behoorlijke informatie dient niet alleen hun belangen, maar dikwijls ook hen die als schuldeisers van de onderneming zijn, en de onderneming zelf, omdat het een verder belasten van het patrimonium van de debiteur met bijkomende schuldvorderingen kan voorkomen.

(1) Zie o.a. over dit onderwerp, verder onder nr. 123, inzake vestigingsrecht en andere maatregelen om de bekwaamheid van de ondernemingsleiding te waarborgen, en kapitalisatievoorschriften. Dat deze maatregelen niet zonder belang zijn blijkt o.m. uit sommige cijfers, die tenminste een indicatieve waarde hebben. Volgens MATHEI, Le dépistage des entreprises en difficultés, rapport au séminaire du 23 avril 1975 de l'Unité de droit économique, faculté de droit U.C.L., Leuven 1975, p. 17, die de cijfers her-
.../...

123. Het verstrekken van adequate informatie en het doel-treffend aanwenden van de verkregen inlichtingen in een verantwoord bedrijfsbeleid, veronderstellen een voldoende deskundigheid bij de ondernemingsleiding. De instrumenten om terzake criteria op te leggen, zijn het vestigingsrecht en het vennootschapsrecht. Het vennootschapsrecht voorziet geen bekwaamheidsvereiste voor beheerders, en bepaalt alleen dat, zoals verder wordt besproken, in sommige vennootschappen een commissaris-revisor wordt aangesteld. Voor kleine en middelgrote ondernemingen bieden de artikelen 2 en 5 van de wet van 15 december 1970 (1) een juridische grondslag voor het bepalen van bekwaamheidsvereisten. Maar wanneer een onderneming te groot is om binnen het toepassingsgebied van het vestigingsrecht te vallen, of werkt in een sector waarvoor nog geen uitvoeringsbesluiten werden genomen, ontbreekt dus elke reglementering inzake de vakbekwaamheid van de ondernemingsleiding. In het licht van de vaststelling dat een belangrijk percentage van de faillissementen

(1) ./.. neemt van het Centre d'Etude et de Documentation de risques économiques, publicaties nrs. 87 en 127, werden 30 tot 40% van de faillissementen die in 1968 werden uitgesproken, veroorzaakt door technische, financiële of administratieve onbekwaamheid van de ondernemingsleiding, 5% door foutieve kostprijsberekening, 5 tot 10% door gebrek aan liquide middelen, en tot 10% door gebrek aan kapitaal. Zie hierover verder: J. STEENBERGEN, Maatregelen voor het voorkomen van faillissementen en het behoud van ondernemingen, R.W. 1975-1976, kol. 2309-2319; en voor Nederland: CLEVERINGA, o.c., p. 18.

(2) Zie bijv. J. VAN DER GUCHT, B.R.H. 1968, II, p. 708; R.W. 1973-1974, kol. 1192; zie ook voetnoot onder nr. 121 en nr. 12

(1) B.S. 20 maart 1971. Zie voor de gevraagde bewijzen van de kennis van bedrijfsbeheer ook art. 6, a, 1° van de vermelde wet, art. 32 e.v. K.B. 25 februari 1971, B.S. 20 maart 1971, en vooral met vermelding van de sectoren waarvoor vestigingsvereisten worden gesteld, de lijsten I en II bij de vestigingswetten van 24 december 1958, 11 januari 1959 (van kracht gebleven volgens art. 19 § 2 W. 15 december 1970 en art. 43, 1° K.B. 25 februari 1971), en de lijsten I en II bij de W. 15 december 1970. Zie over het vestigingsrecht in dit verband verder: K.J. MORTELMANS, Belgisch en Europees recht betreffende de vestiging van ondernemingen, in Economisch en Financiële Recht Vandaag, I, Gent 1972, p. 87 e.v. en vnl. p. 92 e.v.

nog altijd veroorzaakt wordt door een gebrek aan kennis van de elementaire beginselen van boekhouding en bedrijfsbeheer, kan dit zeker worden betreurd (1).

4) derde faze

124. Wanneer ondanks de tijdige informatie over de gang van zaken in een onderneming toch betalingsmoeilijkheden rijzen tussen de debiteur en een of meer schuldeisers, zonder dat aan de toepassingsvoorwaarden van het faillissement is voldaan, is sprake van een tweede faze. In deze faze moet reeds een oplossing worden gezocht voor concrete betalingsmoeilijkheden, maar vermits de wetgever het nog niet nodig achtte de faillissementsregeling toepasbaar te maken, mag aangenomen worden dat de betrokkenen daarbij nog over een grotere manoeuvreerruimte kunnen beschikken (2). Dit betekent dat zij minder rekening dienen te houden met anderen tegenover wie de onderneming verplichtingen heeft. Deze grotere vrijheid is dus maar verantwoord wanneer de gekozen oplossingen de rechten van derden niet, of niet ernstig beïnvloeden.

125. De toepassingsvoorwaarden van het faillissement (in de zin van Boek III Wetboek van Koophandel) die deze faze afgrenzen, verschillen van land tot land. Het toepassingsgebied van de faillissementsregeling lijkt het ruimst in Engeland, waar het volstaat dat een debiteur met een schuld van ten minste £ 50,- een act of bankruptcy heeft gesteld. In principe dient uit het stellen van een dergelijke handeling te blijken dat hij zijn verplichtingen niet na kan komen. Maar de opsomming van de acts of bankruptcy omvat naast handelingen waaruit blijkt dat hij zijn betalingen staakt, ook andere handelingen die zijn schuldeisers benadelen (3). In Frankrijk en Nederland kan een faillissement

(1) Zie voetnoot onder nr. 121; zie voor de plaats van het vestigingsrecht in het faillissementsrecht ook: W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 121.

(2) Zie art. 593 Wb. v. Kooph. waar de insolvabiliteit als grens werd gekozen voor de periode waarin nog uitstel van betaling kan worden toegestaan.

(3) O.a. frauduleus wegschenken van een deel van zijn vermogen. Zie I. CRUCHLEY, o.c., p. 1, 19 e.v.; K. SMITH en D.J. KEENAN, Essentials of mercantile law, London 1969, p. 337 e.v.

worden uitgesproken wanneer een debiteur zijn betalingen gestaakt heeft (1). Een gelijkaardig criterium geldt in Duitsland tegenover natuurlijke personen en vennootschappen zonder beperkte aansprakelijkheid (2).

126. In België (en Luxemburg) moet en kan een faillissement worden uitgesproken wanneer een handelaar zijn betalingen gestaakt heeft (3). Het onderscheid tussen de staking van betalingen en het wankelen van het krediet is ondermeer wegens de onderlinge wisselwerking subtiel, en heeft al tot heel wat betwistingen aanleiding gegeven (4). Het staken van betalingen kan nochtans zulke uiteenlopende oorzaken hebben dat het nog niet veel zegt over de financiële toestand van een

(1) L.F. GANSHOF, o.c., p. 43 e.v.

(2) Zahlungsunfähigkeit of Insolvenz, N. PAGENTSCHER en M. GRIMM, Der Konkurs, 4^e uitg., München 1968, p. 31: deze begrippen mogen niet verward worden met het hier gebruikte begrip insolventie, waar insufficienz of Überschuldung aan beantwoorden.

(3) Art. 437 en 442, 1^o lid, Wb. v. Kooph.

(4) Zie voor België: A. CLOQUET, Novelles, nrs. 225 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 136 e.v.: Van Gerven wijst erop dat het feit dat een ondernemer nog een betaling gedaan heeft niet belet dat de rechter het staken van de betalingen kan vaststellen. Van Gerven betwist daarentegen de stelling dat inzake het wankelen van het krediet alleen het handelskrediet wordt beoordeeld, en het niet betalen van een niet commerciële schuld dus niet volstaat om vast te stellen dat het krediet van de handelaar wankelt. Zie in deze zin: Cass. 2 december 1963, Pas. 1964, I, 346, maar in tegengestelde zin: Gent, 4 maart 1957, R.W. 1957-1958, kol. 1958. Deze door Van Gerven bekritiseerde uitspraak betrof de eerder uitzonderlijke situatie van een vennootschap die al lang in vereffening was. Zie ook J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 213 e.v., nr. 2646, waar meer dan bij CLOQUET en VAN GERVEN gewezen wordt op het onderscheid tussen beide voorwaarden, omdat volgens VAN RYN en HEENEN, het niet betalen van één schuld wel volstaat om de staking van betalingen vast te stellen, maar niet altijd om het krediet te laten wankelen. Zij beklemtonen het onderscheid verder omdat volgens hen het handelskrediet dient te wankelen, al erkennen zij dat het niet betalen van een burgerlijke schuld hiertoe kan leiden, en beschouwen zij elke schuld die aangegaan wordt in het kader van de exploitatie van de onderneming als een commerciële schuld .../...

onderneming. Het impliceert zeker niet altijd de insolventie van een onderneming, dus dat de passiva de activa overtreffen (1). Het niet-betalen van een schuld kan ook te wijten zijn aan tressaurie of liquiditeitsmoeilijkheden (2). Het feit dat voor deze schuld geen krediet kon worden verkregen, en het krediet van de schuldenaar dus wankelt, wijst dan wel op een ernstig gebrek aan vertrouwen in de onderneming. Maar alleen bij een insolvable onderneming beïnvloedt een regeling met een schuldeiser noodzakelijk de rechten van andere schuldeisers. Bij een solvabele onderneming dient zo'n blijk van wantrouwen wel aan te sporen tot het nauwgezet volgen van de evolutie in de financiële toestand van een onderneming om het insolvent worden te voorkomen. De bescherming van de schuldeiser dwingt echter strikt genomen nog niet tot het nemen van zo drastische maatregelen als het uitspreken van een faillissement. Vermits een faillissement niet noodzakelijk leidt tot een vereffening, en de belangen van hen die belang hebben bij het voortzetten van de onderneming dus ook nog volledig in aanmerking kunnen worden genomen, kunnen ook bij een eerder te vroeg uitgesproken faillissement de belangen van alle betrokkenen buiten de ondernemer of ondernemingsleiding gevrijwaard worden. Maar zelfs dan heeft het uitspreken van een faillissement zo belangrijke gevolgen

(4) ./.. (zie p. 213, nr. 2645 en p. 215, nr. 2646 in fine en voetnoot 1 betreffende het commercieel of burgerlijk karakter van de vorderingen van de RMZ. Ook voor VAN RYN en HEENEN neigen beide voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement er tenslotte toe samen te vallen wanneer een krediet bedrieglijk werd verkregen of eigenlijk louter fictief is. Zie voor rechtspraak verder: P. COPPENS, R.C.J.B. 1961, p. 123 en 124. Ook andere commentaren brengen op dit punt geen duidelijkheid: RENOARD, O.C., p. 127, bespreekt de voorwaarde van het wankelen van het krediet volstrekt niet, alhoewel de voorwaarde voor het eerst werd opgenomen in de door hem besproken wet van 1851. BELTJENS, O.C., p. 343 e.v. behandelt beide voorwaarden door elkaar. Hij stelt al dat er geen staking van betaling is wanneer alleen wegens tijdelijke betalingsmoeilijkheden een vordering niet wordt betaald (p. 344, nrs. 159-161).

(1) (2) .../...

voor de gefailleerde (1) dat alleen een ernstige bedreiging van de rechten van derden het uitspreken van een faillissement kan verantwoorden.

127. De insolvabiliteit lijkt daarom een gelukkiger criterium voor het afgrenzen van het toepassingsgebied van de faillissementsregeling. Het wordt in Duitsland aangewend tegenover kapitaalvennootschappen en vennootschappen zonder beperkte aansprakelijkheid in vereffening (2). In Frankrijk kan soms een vergelijkbaar resultaat worden bekomen omdat de rechter bij het vaststellen van de staking van betalingen de algemene financiële toestand van de onderneming beoordeelt (3). De Belgische rechter doet zulks niet. Terecht trouwens volgens Van Ryn en Heenen, omdat het ogenblik van de insolvabiliteit moeilijk vast te stellen is, en het laattijdig betalen in handelszaken dikwijls bijna even ernstige gevolgen heeft voor de crediteur als het niet

(1) Zie over de begrippen insolvabiliteit en staking van betalingen: A. CLOQUET, Novelles, nrs. 205 e.v.; P. COPPENS, R.C.J.B. 1961, p. 125; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 211, nr. 2642. Zie ook voor Frankrijk R. RODIERE, o.c., p. 245 en voor Nederland POLAK-POLAK, o.c., p. 30.

(2) Zie over deze begrippen o.a. HANON de LOUVET, Nouveau traité d'analyse et discussion de bilans, Amiens/Bruxelles 1955, p. 71 e.v.

(1) Zie o.a. A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1294 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 225-226, nrs. 2661-2664.

(2) überschuldung, insuffizienz, zie N. PAGENTSCHER en M. GRIMM, o.c., p. 31; deze begrippen mogen niet verward worden met het begrip insolvenz waaraan staking van betaling beantwoordt.

(3) Zie bijv. R. RODIERE, o.c., p. 244, nr. 245.

betalen van een schuld (1). Dit laatste argument wordt door hen niet verder ontwikkeld. Ondanks de hinder die het handelsverkeer ongetwijfeld ondervindt door laattijdige betalingen klinkt dit enigszins overtrokken in een periode waarin leverancierskredieten van 2 tot 7 maanden niet ongebruikelijk zijn. Bovendien kan de optie voor de staking van betalingen als voorwaarde voor de toepassing van het faillissementsrecht, alleen laattijdige betalingen voorkomen in de mate dat het afschrikkingseffect van het faillissement faillissementen helpt voorkomen. Ook een vroeger uitgesproken faillissement veroorzaakt immers nog een aanzienlijke vertraging in de betalingen. Daarom overweegt de indruk dat in landen waar de loutere staking van betaling volstaat voor de toepassing van de faillissementsregeling, de marge waarin beroep kan worden gedaan op andere procedures dan het faillissement nodeloos kan worden beperkt door een zo vroeg mogelijk uitspreken van het faillissement. Op de verhouding tussen het faillissement en het gerechtelijk akkoord zal later verder worden ingegaan.

5) vierde faze

128. Wanneer een onderneming insolvabel wordt en de activa niet langer volstaan om de passiva te dekken, gaat een laatste faze in. Elke transactie met de schuldeisers beïnvloedt dan onmiddellijk de rechten van anderen die een vordering hebben op de onderneming, en mag dus alleen gesloten worden in overleg met hen. Op dat punt laat de behoefte aan collectieve procedures zoals de faillissementsregelingen die voorzien, zich ten volle voelen (2).

(1) J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 211, nr. 2624; zie ook A. CLOQUET, Novelles, nr. 207 en L. FREDERICQ, o.c., II, p. 436, nr. 1503.

(2) Zie over het collectief karakter van de faillissementsprocedures noot onder nr. 77.

De grenzen tussen deze en voorgaande fase zijn evenwel niet altijd zo duidelijk. Het vaststellen van de insolvableiteit is immers grotendeels afhankelijk van de waardering van activa en passiva in de verstrekte informatie (1). Zoals verder besproken zal worden blijft het vaststellen van insolvableiteit op basis van de boekhouding van een onderneming enigszins arbitrair omdat deze gegevens zelf onwillekeurig tot op zekere hoogte arbitrair blijven. Dat deze moeilijkheden geen onoverkoombaar bezwaar inhouden tegen het hanteren van het insolvableiteitscriterium als voorwaarde voor de toepassing van de faillissementsregeling, blijkt uit het aanwenden van dit criterium in Duitsland. Bovendien kunnen de problemen bij het bepalen van het ogenblik waarop een onderneming insolvable wordt, bezwaarlijk pleiten voor de huidige omschrijving van het toepassingsgebied van het Belgisch faillissementsrecht. Zoals blijkt uit talloze geschillen geven ook de huidige criteria aanleiding tot heel wat betwistingen (2). In dit verband dient ten slotte vermeld te worden dat het bepalen van het ogenblik waarop een onderneming insolvable wordt, een antwoord veronderstelt op de vraag of men het kapitaal geheel of gedeeltelijk opneemt in de passiva als een schuld van de onderneming tegenover haar aandeelhouders/eigenaars of sommigen onder hen (een gedeeltelijk opnemen zou bijvoorbeeld overwogen worden tegenover minoritaire aandeelhouders). Het behoeft geen betoog dat deze vraag van zo doorslaggevend belang is voor de rechtsbescherming van de aandeelhouders dat zij hier ten minste vermeld moet worden, maar dat anderzijds een geheel of gedeel-

(1) Zie over de waardering van activa in de jaarrekeningen o.a. R. BURGERT, De grondslagen voor de opstelling van de jaarrekening van ondernemingen en de gevolgen daarvan voor het inzicht in vermogen en resultaat, T.V.V.S. 1971, p. 342 e.v. en 386 e.v. VAN RYN en HEENEN geven mede daarom de voorkeur aan de staking van betalingen als ogenblik waarop de faillissementsregeling toegepast kan worden (zie voetnoot

(2) Zie nrs. 105 e.v.

telijk opnemen van het kapitaal in de passiva, het ogenblik waarop een onderneming insolvabel wordt, sterk en normaal onaanvaardbaar sterk vervroegt. Dit laatste bezwaar geldt immers alleen minder sterk tegenover ondergekapitaliseerde ondernemingen.

HOOFDSTUK I:

INFORMATIE OVER DE FINANCIËLE TOESTAND VAN ONDERNEMINGEN

129. Informatie over de financiële toestand van ondernemingen kan op verschillende manieren worden verkregen. De meest voor de hand liggende inzake vennootschappen, zijn de jaarrekeningen die zij volgens de vennootschapswetgeving dienen te publiceren. Ook bepaalde rechtsfeiten waarvoor een publiciteit is georganiseerd geven een aanwijzing over de toestand van een onderneming, zoals het vestigen van voorrechten en het protesteren van wissels. Hier zal alleen aandacht besteed worden aan informatie die voor de meeste belanghebbenden toegankelijk is, en daarom voldoende relevant bij het bestuderen van de organisatie van de rechtsbescherming: de jaarrekeningen en andere wettelijk georganiseerde informatiebronnen. Bovendien zal even worden stilgestaan bij de rol van de banken. Als tussenpersonen bij financiële transacties zijn zij niet alleen goed geplaatst om de financiële positie van hun cliënten te beoordelen, maar als raadgever voor beide partijen zijn zij ook voor de meeste belanghebbenden toegankelijk. Wegens hun daarom dubbelzinnige positie, dienen zij een delikaat evenwicht te zoeken bij het behartigen van de dikwijls tegengestelde belangen van hun cliënten.

130. Ondernemingen of organismen die zelf het verstrekken van informatie over ondernemingen tot doel hebben, worden hier niet besproken. Zij belasten zich alleen met het verzamelen en interpreteren van gegevens voor hun klanten. Voor het verkrijgen van deze gegevens zijn zij in principe aangewezen op de bronnen die ook voor anderen toegankelijk zijn. Tussen financiële instellingen of binnen een bedrijfstak kunnen zij wel een uitwisseling van gegevens organiseren, wat niet in de mogelijkheden ligt van individuele belanghebbenden (1).

(1) Zie over deze organismen in de U.S.A. en de Duitse Bondsrepubliek: O. MALLMANN, Kreditauskunfteien und Datenschutz in den U.S.A., A.W.D. 1973, p. 78 e.v.

131. De informatie over de algemene gang van zaken in een onderneming is op de eerste plaats belangrijk voor de ondernemingsleiding. Zij is ook het best geplaatst om de informatie te krijgen. Indien zij onvoldoende ingelicht is, zal dat dikwijls te wijten zijn aan een gebrek aan deskundigheid. Zoals al eerder werd aangestipt, kunnen vooral adequate vestigingsvoorschriften hier een preventieve bescherming bieden. De maatregelen die het de ondernemingsleiding toe moeten laten een inzicht te krijgen in de toestand van de onderneming, zullen hier niet verder worden besproken.

132. Een inzicht in de toestand van de onderneming is ook voor de werknemers en aandeelhouders belangrijk. De informatieverstrekking aan deze groepen verdient meer aandacht in een studie van de rechtsbescherming omdat zij minder nauw betrokken zijn bij het ondernemingsbeleid. Wanneer zij echter tijdig ingelicht worden over dreigende moeilijkheden, kunnen zij elk op hun manier druk uitoefenen op het beheer om zo mogelijk het gevaar te doen keren, of tijdig maatregelen te zoeken om de gevolgen van een dreigend faillissement te beperken. Op die wijze is hun informatie ook belangrijk voor het beschermen van de belangen van derden buiten de onderneming. Voor werknemers en aandeelhouders is een tijdige informatie evenwel van vitaler belang dan voor schuldeisers, omdat hun belangen nog moeilijker te vrijwaren zijn in een faillissement. De werknemers moeten tijdig uit kunnen kijken naar een andere werkgelegenheid. Voor aandeelhouders is het probleem complexer omdat zij om de onderneming te verlaten hun aandelen over dienen te dragen. Dit houdt in dat zij om een zinkend schip te verlaten anderen bereid moeten vinden om in die onderneming te investeren. Het probleem van de bescherming van aandeelhouders dreigt dus alleen te verschuiven. Om dat te vermijden dient de informatie die aandeelhouders toelaat tijdig de onderneming te verlaten, ook verstrekt te worden aan hen die bereid zijn deze aandelen over te nemen. Wanneer zij met kennis van zaken deze aandelen verwerven, stelt de bescherming van hun belangen heel andere eisen. Het verlies dat zij kunnen lijden wordt dan een vrijwillig genomen risico.

Wanneer aandeelhouders anderzijds wegens de verstrekte informatie niemand nog bereid vinden om hun aandelen over te nemen, verbetert hun positie uiteindelijk niet. Maar het verstrekken van informatie beschermde dan nog wel de beleggers, spaarders als groep door het risico bij het beleggen beter apprecieerbaar te maken.

133. Op het belang van de informatie over de financiële positie van een onderneming voor derden die met die onderneming contracteren, hoeft hier niet terug gekomen te worden. De mate waarin in het algemeen belang bepaalde gegevens moeten worden verstrekt, vraagt wat meer uitleg. Deels vergt het algemeen belang een behoorlijke bescherming van de rechten van de eerder besproken belanghebbende groepen. De behoefte aan informatie gaat nochtans verder dan een behoefte aan het informeren van deze belanghebbenden. Hierbij dient vooral gedacht te worden aan instanties die in het algemeen belang en in dat van de onmiddellijk betrokkenen belast zijn met het inleiden, coördineren of leiden van faillissementsrechtelijke procedures (1).

134. De behoefte aan informatie en de mate waarin deze verstrekt kan worden zonder de rechten van anderen te krenken, kan voor de betrokken groepen en de verschillende inlichtingsbronnen verschillen. Daarom zullen de verschillende inlichtingsbronnen afzonderlijk worden onderzocht, om daarna na te gaan in hoeverre voor de verschillende groepen een coherente informatieverzorging georganiseerd is.

(1) Zie bijv. J. VAN DER GUCHT, Voorkomen van faillissementen, R.W. 1973-1974, kol. 1187 en 1188, over de opsporingsdiensten voor wankele bedrijven bij de rechtbanken van koophandel, de zgn. depistagediensten; zie hierover ook van dezelfde auteur: De opsporingsdienst voor wankele bedrijven ingericht bij de rechtbank van koophandel te Brussel, B.R.H. 1968, p. 704 e.v.

Wanneer aandeelhouders anderzijds wegens de verstrekte informatie niemand nog bereid vinden om hun aandelen over te nemen, verbetert hun positie uiteindelijk niet. Maar het verstrekken van informatie beschermde dan nog wel de beleggers, spaarders als groep door het risico bij het beleggen beter apprecieerbaar te maken.

133. Op het belang van de informatie over de financiële positie van een onderneming voor derden die met die onderneming contracteren, hoeft hier niet terug gekomen te worden. De mate waarin in het algemeen belang bepaalde gegevens moeten worden verstrekt, vraagt wat meer uitleg. Deels vergt het algemeen belang een behoorlijke bescherming van de rechten van de eerder besproken belanghebbende groepen. De behoefte aan informatie gaat nochtans verder dan een behoefte aan het informeren van deze belanghebbenden. Hierbij dient vooral gedacht te worden aan instanties die in het algemeen belang en in dat van de onmiddellijk betrokkenen belast zijn met het inleiden, coördineren of leiden van faillissementsrechtelijke procedures (1).

134. De behoefte aan informatie en de mate waarin deze verstrekt kan worden zonder de rechten van anderen te krenken, kan voor de betrokken groepen en de verschillende inlichtingsbronnen verschillen. Daarom zullen de verschillende inlichtingsbronnen afzonderlijk worden onderzocht, om daarna na te gaan in hoeverre voor de verschillende groepen een coherente informatieverzorging georganiseerd is.

(1) Zie bijv. J. VAN DER GUCHT, Voorkomen van faillissementen, R.W. 1973-1974, kol. 1187 en 1188, over de opsporingsdiensten voor wankelende bedrijven bij de rechtbanken van koophandel, de zgn. depistagediensten; zie hierover ook van dezelfde auteur: De opsporingsdienst voor wankelende bedrijven ingericht bij de rechtbank van koophandel te Brussel, B.R.H. 1968, p. 704 e.v.

Afdeling I. Informatie over de rechtsvorm van ondernemingen

135. De omvang van het verhaalsobject van de schuldenaars wordt op de eerste plaats bepaald door de rechtsvorm van de onderneming. Bij niet-geïncorporeerde ondernemingen en vennootschappen zonder beperkte aansprakelijkheid wordt de positie van de schuldeisers vooral beïnvloed door het huwelijksgoederenstelsel van de ondernemer. Bij vennootschappen, en vooral bij vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, dienen derden te weten welke vennootschapsvorm de onderneming heeft aangenomen.

136. Van de huwelijkscontracten tussen echtgenoten waarvan een of beiden handelaar zijn, dus zelfstandige ondernemers of vennoten in een vennootschap zonder volkomen rechtspersoonlijkheid, dient binnen de maand een uittreksel gezonden te worden naar de griffie van de rechtbank van koophandel voor het rechtsgebied waarin de handelaar ingeschreven is in het handelsregister. Iedereen die er om verzoekt kan kosteloos inzage krijgen in de boeken of steekkaarten. De uittreksels dienen te vermelden of de echtgenoten gehuwd zijn in gemeenschap, met opgave van de wijzigingen die aan het gemeenrechtelijke stelsel werden aangebracht, of geopteerd hebben voor het stelsel zonder gemeenschap, met scheiding van goederen, of het dotaal stelsel (1). Ook wijzigingen van het huwelijksgoederenstelsel en uittreksels uit het huwelijkscontract van wie na het huwelijk handelaar wordt, dienen meegedeeld te worden aan de griffie (2).

137. Wanneer op het ogenblik dat het contract verleden wordt, een van de echtgenoten handelaar is, dient de notaris het uittreksel van het contract naar de griffie te zenden. Indien hij dit nalaat kan hij gestraft worden met een boete van 26 tot 100 BF.

(1) Art. 12 Wb. v. Kooph.

(2) Art. 14 en 15 Wb. v. Kooph.

Indien hij het met bedrieglijk opzet naliet, is de notaris bovendien aansprakelijk tegenover de schuldeisers en kan hij met afzetting worden gestraft. Het feit dat de aansprakelijkheid tegenover de schuldeisers alleen bij bedrieglijk opzet vermeld wordt, kan enigszins verwonderen. Het strafbaar stellen van het nalaten zonder bedrieglijk opzet beklemtoint immers reeds dat het nalaten een uittreksel van een huwelijkscontract van een handelaar naar de griffie te zenden, een onrechtmatige daad uitmaakt. Dit volgt trouwens al uit het opleggen van de verplichting tot het meedelen van deze contracten in art. 12. Ook zonder de expliciete aansprakelijkheidsregeling van art. 13 kan dus al beroep worden gedaan op de algemene regeling van art. 1382 e.v. W.B., waarvan door de expliciete regeling bij bedrieglijke opzet waarschijnlijk niet a contrario van werd afgeweken. Echtgenoten te goeder trouw kunnen ook wanneer geen uittreksel werd meegedeeld, dit tegenstellen aan derden (1).

138. Handelaars die na hun huwelijk handelaar worden, dienen zelf een uittreksel van hun huwelijkscontract naar de griffie te zenden. Handelaars die dit nalaten kunnen schuldig bevonden worden aan eenvoudige bankbreuk (2). Art. 14 zwijgt over de invloed van deze nalatigheid op de tegenstelbaarheid van het contract.

139. Alle stukken die uitgaan van een N.V., P.V.B.A., Comm. Venn. op aandelen, coöp. Venn. of buitenlandse vennootschap met een filiaal of kantoor in België, dienen de naam en de rechtsvorm van de vennootschap te vermelden (3). Wanneer zij uitgaan van een N.V., P.V.B.A. of een Comm. Venn. op aandelen, dient ook

(1) Art. 13 Wb. v. Kooph. en L. FREDERICQ, o.c., VI, p. 186, nr. 163.

(3) Art. 81, 114, 138, 159 en 189 Venn.W. en J. RONSE, Vennootschapswetgeving 1973, p. 46 e.v., nrs. 94 e.v.

(2) Art. 14 Wb. v. Kooph. en L. FREDERICQ, o.c., I, p. 163, nr. 187

het inschrijvingsnummer in het handelsregister te worden vermeld (1). De aansprakelijkheid van vennoten in een coöperatieve vennootschap is in principe hoofdelijk en onbeperkt, maar kan beperkt worden door de statuten (2). Wanneer de oprichters gebruik maken van de mogelijkheid om hun aansprakelijkheid te beperken, moeten de statuten integraal neergelegd en gepubliceerd worden (3). Indien men de statuten niet wenst te consulteren, mag waarschijnlijk worden aangenomen dat een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid werd opgericht, omdat een belangrijk percentage van de coöperatieve vennootschappen gebruik maakt van de mogelijkheden die art. 146, 6° Venn.W. biedt.

140. Wie voor een N.V., Comm. Venn. op aandelen, P.V.B.A. of coöp. Venn. optreedt of belast is met het beheer van de filiale of een kantoor van een buitenlandse vennootschap in België en de vennootschapsvorm of de naam van de vennootschap niet vermeldt, kan persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor de in de betwiste akte aangegane verbintenissen (4). Daarnaast kunnen volgens de omstandigheden en de voorwaarden van art. 1382 e.v. B.W. en 62, 107, 132, 143, 3° Venn.W. de vennootschap en de beheerders aansprakelijk zijn voor de door de overtreding veroorzaakte schade. De aansprakelijkheid van vennootschappen en vennootschapsrechtelijke organen zal verder worden besproken.

(1) Art. 81, 114, 138 Venn.W. en bij coöperatieve vennootschappen art. 39 K.B. 20 juli 1964.

(2) Art. 145, 6° en 146, 6° Venn.W.

(3) Art. 6 en 9 Venn.W.

(4) Art. 82, 114, 138 bis, 160 en 198 Venn.W.

141. De oprichtingsakte van Belgische vennootschappen en vreemde vennootschappen met een bedrijfszetel of bijkantoor in België, dienen neergelegd te worden op de griffie van de rechtbank van koophandel van het rechtsgebied waar de zetel, het bijkantoor of de filiaal gevestigd is, of bij gebrek aan een bedrijfszetel in België, bij een rechtbank van koophandel naar keuze. Belangstellenden kunnen daar kosteloos inzage krijgen van deze stukken. De oprichtingsakten worden na het neerleggen bekendgemaakt in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad. Van een V.O.F., Comm.Venn., P.V.B.A. en coöp. Venn. wordt een uittreksel uit de akte gepubliceerd, van een N.V., Comm. Venn. op aandelen en de coöp. Venn. met beperkte aansprakelijkheid dient de akte integraal te worden gepubliceerd (1).

142. Tenslotte kan er hier aan worden herinnerd dat buitenlandse vennootschappen die in België een kantoor of een filiaal oprichten aan dezelfde publiciteitsregels zijn onderworpen als Belgische vennootschappen (2). Buitenlandse vennootschappen die in België een publiek beroep doen op de kapitaalmarkt, dienen de oprichtingsakte neer te leggen op de griffie van de rechtbank van koophandel, en in ten minste twee dagbladen bekend te maken waar en wanneer deze stukken zijn neergelegd (3).

143. Samenvattend kan besloten worden dat alle belanghebbenden voldoende geïnformeerd kunnen worden over de juridische vorm waarin een onderneming wordt uitgebraat. De ondernemingen en wie voor hen optreedt dienen zich voldoende te identificeren,

(1) Zie hierover verder J. RONSE, Vennootschapswetgeving 1973, nrs. 26 e.v., p. 15 e.v. en nrs. 50 e.v., p. 25 e.v.

(2) Art. 198 Venn.W.

(3) Art. 199 Venn.W.; een van deze dagbladen moet verschijnen in de streek van de belangrijkste bedrijfszetel van de vennootschap, een regel die zoals Ronse opmerkte, moeilijk kan worden toegepast door vennootschappen zonder bedrijfszetel in België! Zie verder: J. STEENBERGEN, Publiciteit bij emissie van effecten en een publiek beroep op de kapitaalmarkt door buitenlandse vennootschappen, R.W. 1975-1976, kol. 821 e.v.

en op de griffie van de rechtbank van koophandel van het rechtsgebied waarin hun maatschappelijke zetel of woonplaats is gelegen, kunnen nadere bijzonderheden worden vernomen. Alleen inzake buitenlandse vennootschappen zonder kantoor of filiale in België rijst een probleem. Zij dienen weliswaar bepaalde stukken neer te leggen of te publiceren wanneer zij in België een publiek beroep op de kapitaalmarkt deden. Maar de bepalingen uit art. 81 en 82 Venn.W. (identificeren van de vennootschap in akten en aansprakelijkheid van beheerders die deze bepalingen niet naleven) zijn op hen niet van toepassing. En omdat zij mogen kiezen in welk rechtsgebied zij bepaalde stukken neerleggen, is het moeilijk om te bepalen waar deze stukken kunnen worden geraadpleegd.

Afdeling II. De Jaarrekeningen

§ 1. Objectieven bij het opstellen van jaarrekeningen

144. Met de jaarrekeningen worden de jaarlijks door de onderneming te publiceren boekhoudkundige gegevens bedoeld. Om de door hen geboden bescherming te beoordelen, dient nagegaan te worden of zij beschikbaar zijn voor de belanghebbenden, en de gegevens bevatten die hen toelaten zich een beeld te vormen over de onderneming. De optiek van waaruit zij een onderneming wensen te beoordelen kan evenwel verschillen. Daarom kan het nuttig zijn eerst zo kort mogelijk de verschillende functies van jaarrekeningen te overlopen (1)

145. Intern dienen de jaarrekeningen de aandeelhouders of eigenaars de vereiste gegevens te verschaffen om het beleid van het beheer te kunnen beoordelen en om een verantwoorde winstverdelingspolitiek te kunnen voeren. Beide objectieven stellen al

(1) Zie meer uitvoerig over de functies van jaarrekeningen: S. DAVIDSON (ed.), Handbook of Modern Accountancy, New York 1970, p. 2-2 en 3-2; en U. LEFFSON, Die Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung, Düsseldorf 1970, p. 48 e.v.; en ook R. HENRION, La responsabilité des juristes dans la présentation de l'entreprise, in La comptabilité et le droit, Commission Droit et Vie des Affaires, Brussel 1974, p. 278 e.v.; J. ROCHETTE, Finalité et motivation de la promulgation de "normes comptables", Rev. Banque 1974, p. 618 e.v.

uiteenlopende eisen aan de jaarrekeningen. Het beoordelen van het beheer betreft het berekenen van de nettowinst (1), het beoordelen van de wijze waarop de aangewende produktiefactoren werden benut, van de evolutie van hun relatieve belangrijkheid, en van de waarde van de aanspraken van de aandeelhouders op de activa (2). De meeste aandeelhouders hebben wellicht meer belangstelling voor het bedrag van de te verdelen winst dan voor de geboekte netto-winst. Het bepalen van de uitkeerbare winst hangt nauw samen met vragen van financieringspolitiek (3). Hiertoe dienen de jaarrekeningen vooral een juist inzicht te geven in de uitgaven die de onderneming verwachten mag bij een normale ontwikkeling van de ondernemingsactiviteit, en in de structuur van de realiseerbare activa. Voor het beoordelen van de gevoerde financieringspolitiek en het ontwerpen van een verantwoorde winstuitkeringspolitiek dienen de jaarrekeningen dus rekening te houden met de vervangingskosten van voorraden en bedrijfsuitrusting (of de uitgaven hiervoor geanticipeerd worden door bijzondere reserves of een waardering van de betrokken activa volgens vervangingswaarde, is hiervoor zonder belang). Een beoordelen van het bereikte rendement wordt daarentegen vergemakkelijkt door een waarderen van produktiefactoren volgens hun historische kostprijs. Nog andere criteria gelden wanneer men de positie van de aandeelhouders in de onderneming wil beoordelen door de verhouding tussen eigen en vreemd kapitaal te onderzoeken. Daarbij rijzen minder waarderingsproblemen voor de activa, maar is een nauwkeurig opgeven van de passiva vereist. Het appreciëren van de kansen op een recuperatie van het geïnvesteerd kapitaal bij een liquidatie van de onderneming, veronderstelt een afwegen van de nauwkeurig geraamde passiva met de activa, gewaardeerd volgens hun vermoedelijke

(1) S. DAVIDSON, o.c., p. 1-11 en 3-12.

(2) U. LEFFSON, o.c., p. 48 en 64.

(3) Zie over jaarrekeningen en financieringspolitiek: W. de LANGEN en T.S. IJSSELMUIDEN, Inleiding tot het balansbezen, Alphen a/d Rijn 1970, p. 78 e.v.: U. LEFFSON, o.c., p. 63 e.v.

verkoopwaarde. Er is tot hiertoe dus reeds sprake geweest van de vervangingswaarde, de historische kostprijs en de verkoopwaarde van activa (1). Tenslotte dienen de jaarrekeningen niet op de laatste plaats, en dit zowel naar buiten als naar binnen, om de waarde van de onderneming als geheel te bepalen, waarbij het nuttig wordt geacht uit te gaan van het nut van activa voor de onderneming.

146. De aan de werknemers te verstrekken informatie wordt in een afzonderlijke paragraaf besproken. Hier kan wel worden opgemerkt dat de indeling van de jaarrekening en de gevolgde waarderingsmethode tegenover hen iets minder belangrijk is, omdat een aantal inlichtingen over de commerciële en financiële politiek, de daarbij behaalde resultaten, de solvabiliteit en de rendabiliteit alleszins verstrekt moeten worden in een jaarlijks algemeen verslag of een toelichting bij de jaarrekeningen (2).

147. Naar buiten gebruiken de ondernemingen de jaarrekeningen in hoofdzaak bij het bepalen van de door hen verschuldigde belastingen, en als documentatie bij het aantrekken van kapitaal of het verkrijgen van een vorm van krediet.

148. De fiscale functie van de jaarrekeningen is enigszins dubbelzinnig. De administratie van het ministerie van financiën heeft niet alleen recht op inzage van de boeken die handelaars dienen te houden volgens art. 16 e.v. Wb. v. Kooph., maar van alle boeken en bescheiden die nodig zijn om het bedrag van de verschuldigde belastingen te bepalen (3). De jaarrekeningen hoeven dus niet alle gegevens te bevatten die nodig zijn om de belastbare winst te bepalen (4). De administratie hoeft de jaarrekeningen ook niet te aanvaarden, zelfs niet als zij economisch verantwoord zijn opgesteld. Het vaststellen van de

(1) Zie over deze waarderingsmethoden verder: R. BURGERT, o.c., p. 347 e.v. en 387 e.v.; S. DAVIDSON, o.c., p. 1-6 e.v., 3-13 en 3-27; J. KLAASSEN, Inflatie en de jaarrekening van de onderneming, de N.V. 1975, p. 45 e.v.; U. LEFFSON, o.c., p. 179 e.v., en vnl. p. 229 e.v.; W. de LANGEN en T.S. IJSSELMUIDEN, o.c., p. 53 e.v.; L. TRAAS, Inflation Accounting, een doolhol zonder uitgang?, T.V.V.S. 1976, p. 60 e.v.

(2) Zie K.B. 27 november 1973, B.S. 28 november 1973, art. 17 e.v.

(3) Zie art. 221 WIB en Commentaar op het WIB, 221/2 en 3.

(4) Zie ook Commentaar WIB, 218/15 e.v.

belastbare winst wordt door fiscale regels beheerst (1). Dit houdt nochtans niet in dat de fiscale bepalingen zonder invloed zijn op de opbouw van jaarrekeningen. De administratie hoeft de voorgelegde balans weliswaar niet te aanvaarden, maar zij kan er wel op steunen bij het bepalen van de belastbare winst (2). Ondernemingen zijn dus fiscaal gebonden door hun gepubliceerde balans (3). Dit geldt bijvoorbeeld inzake vennootschappen voor in de boekhouding tot uitdrukking gebrachte meerwaarden op activa die opgenomen worden in de belastbare winst, tenzij zij uitdrukkelijk als onbeschikbaar worden vermeld en tot geen enkele vorm van uitkering aanleiding kunnen geven (4). In casu bepalen fiscaalrechtelijke regels vooral de voorstellingswijze en niet zozeer de inhoud van de jaarrekeningen (5).

149. Fiscale bepalingen determineren nochtans dikwijls in nog hogere mate dan fiscaalrechtelijk opgelegd wordt (6), hun opstelling. Veel ondernemingen houden, om de boekhouding zo eenvoudig mogelijk te houden, alleen rekening met fiscale bepalingen. Het gelijktijdig rekening houden met bedrijfs-economische en fiscale overwegingen vergt immers dikwijls het invoeren van bijkomende balansposten, reserves, etc. Bovendien blijven toegestane afwijkingen of correcties van fiscaalrechtelijk aanvaarde waarderingen, zoals versnelde afschrijvingen of bijkomende reserves voor dubieuze debiteuren, nooit helemaal zonder fiscale sanctie. Weliswaar kan het feit dat daartoe

(1) Zie o.a. J. KIRKPATRICK, L'imposition des revenus des sociétés belges par actions, Brussel 1968, p. 50.

(2) De commerciële balans wordt in bijlage bij de aangifte gevoegd: W.I.B. art. 218 en Commentaar 218/14 en 14.1; J. KIRKPATRICK, o.c., p. 44, nr. 30 A.

(3) J. KIRKPATRICK, o.c., p. 50, nr. 35 C; H. SIEBENS, o.c., Voorraden, Brussel 1969, p. 115. Gelijkaardige regels gelden in de Bondsrepubliek, Frankrijk, Italië en Luxemburg. In Nederland is zulks niet het geval. Zie hierover en over de nadelen van een te sterke beïnvloeding van de commerciële balans door fiscale overwegingen: A. RAEDLER, Corporate taxation in the Common Market (losbl.), Amsterdam 1970, vol. II, part. II C 24-28; en voor Duitsland: U. LEFFSON, o.c., p. 70 e.v.; voor Nederland: W. de LANGEN en T.S. IJSSELMUIDEN, o.c., p. 77 e.v.

(4) Art. 21 en 105 W.I.B.

(5) Zie nochtans over de moeilijkheden die i.v.m. deze meerwaarden rijzen bij de liquidatie van een onderneming, en er de ondernemers toe aanzetten deze meerwaarden niet tot uitdrukking te brengen: noot van R. DERINE onder Cass. 23 januari 1973, J.T. 1973, 568 en vnl. 571.

(6) Zie hierover o.a. R. SAVATIER, Le droit comptable au service de l'homme, Paris 1969, p. 351 en Cass. 5 maart 1968, Pas. 1968, I, 839 besproken door F. VANISTENDAEL, Het Rhenandra arrest, in Liber Amicorum Prof. Baron J. Van Houtte, Gent 1975, p. 1149 e.v.

aangelegde reserves uit de belastbare winst moeten worden aangelegd niet als argument gelden tegen het verbinden van fiscale gevolgen aan de commerciële balans, vermits deze winst niet noodzakelijk kleiner is wanneer beide balansen onafhankelijk van elkaar kunnen worden opgesteld. Maar het fiscaal bijzonder ongunstig regime van de gereserveerde winsten bij liquidatie nodigt een voorzichtige ondernemingsleiding zeker niet uit tot het opbouwen van aanzienlijke reserves (1). Wanneer alleen rekening wordt gehouden met fiscale bepalingen worden reserves voor te voorziene risico's slechts opgenomen voor waarschijnlijke verliezen tot 5% van de jaarwinst, waarschijnlijke lasten die hun oorsprong vinden in het belastbaar tijdperk (2), zelfs als een voorzichtig beheer vergt dat ook met andere risico's rekening wordt gehouden. In die gevallen kunnen ook de vervangingswaarde en de verkoopwaarde slechts in beperkte mate in aanmerking worden genomen.

150. Bedrijfsuitrusting mag alleen worden afgeschreven op basis van de aankoopwaarde tegen het met de administratie overeengekomen ritme. Een sneller waardeverlies kan alleen afgetrokken worden van de belastbare winst indien de controleur instemt met een aanpassing van het afschrijvingsritme of het boeken van een uitzonderlijke minderwaarde (3). Meerwaarden betreffen de waardeëvolutie van de voorhanden zijnde activa, en niet de prijsevolutie van de vervangingsuitrusting. Het boeken van meerwaarden op bedrijfsuitrusting is mogelijk. De meerwaarden worden ook in principe niet belast in het jaar dat zij geboekt worden indien zij uitdrukkelijk als onbeschikbaar worden geboekt (4). Het is dus niet gemakkelijk om met de verkoopwaarde op balansdatum rekening te houden indien deze waarde lager ligt dan de historische kostprijs na aftrek van de toegelaten afschrijvingen. En het boeken van meerwaarden wordt door het huidige regime van de liquidatiebelasting evenmin aangemoedigd. Met de vervangingswaarde kan alleen rekening worden gehouden door het opbouwen van reserves, waarbij hetzelfde probleem rijst als bij het boeken van meerwaarden, met dit verschil dat deze reserves bovendien uit de belastbare winst opgebouwd dienen te worden. Voorraden dienen volgens de administratie in principe

(1) Zie o.a. J. KIRKPATRICK, o.c., p. 125, nr. 174, en voor de aanpassing van de percentages: W.I.B. art. 131, 2° (48%).

(2) Zie W.I.B. art. 23, 1°; S.K.B.I.B. art. 4-9; Comm. W.I.B. 23/1 e.v.

(3) Comm. W.I.B. 44/151 e.v.

(4) Zie hierover noot p. 49-50 en art. 21 W.I.B.

gewaardeerd te worden tegen aankoop- of kostprijs, of tegen de werkelijke verkoopwaarde indien deze lager ligt (1). Maar met de aankoop- of kostprijs wordt de historische kostprijs bedoeld, en met de werkelijke verkoopprijs, de aankoopprijs van gelijkaardige activa op de balansdatum (2). SIEBENS wijst er op dat de rechtspraak soms op objectieve gronden evenwel een lagere waardering toestaat (3). Art. 21 en 34 sluiten een waardering tegen vervangingswaarde niet uit. Maar dit kan zoals voor de bedrijfsuitrusting alleen door een opbouw van reserves uit de belaste winst, met alle nadelen die daaraan verbonden zijn. Nochtans zou het probleem inzake voorraden wegens hun hoger omzetrhythme, haast volledig vermeden worden door in plaats van de FIFO, de LIFO voorraadomzetwaardering toe te staan. De administratie en de rechtspraak verwerpen evenwel in België deze boekingsmethode (4).

151. Ook al wordt het toepassen van adequate waarderingsregels dus niet door fiscale bepalingen onmogelijk gemaakt, leiden deze bepalingen in de praktijk dikwijls tot jaarrekeningen waarin de passiva gemakkelijk worden onderschat, en de bedrijfsuitrusting vrij willekeurig wordt gewaardeerd. Samen met een opnemen van de voorraden voor de waarde die de laagste is van de historische kostprijs en de waarde op de markt op balansdatum voor gelijkaardige produkten, bevordert dit noch een gezonde financieringspolitiek, noch een klaar inzicht in de positie van ondernemingen bij liquidatie. Een gezonde financieringspolitiek vraagt immers een waardering tegen vervangingswaarde wanneer deze hoger is dan de historische kostprijs, en een zuiver inzicht in de liquidatiewaarde vraagt een waardering van uitrusting en voorraden tegen hun vermoedelijke liquidatieopbrengst.

(1) Zie Comm. W.I.B. 44/329 e.v. en H. SIEBENS, o.c., p. 72 e.v.

(2) Zie Comm. W.I.B. 44/336-338 en H. SIEBENS, o.c., p. 75. De bewoordingen van art. 21 en 265 W.I.B. vragen volgens Siebens nochtans eerder een waardering volgens de reële verkoopwaarde op balansdatum: zie p. 113.

(3) H. SIEBENS, o.c., p. 80.

(4) Zie H. SIEBENS, o.c., p. 74, 75, 94 en 95 en Comm. W.I.B. 44/344 e.v. In het buitenland wordt deze methode soms wel toegestaan, o.a. in Nederland, Italië en soms in Duitsland. Zie A. RAEDLER, o.c., II, II C 28 e.v.

152. Kandidaat investeerders of contractanten in een andere handelsrelatie, wensden normalerwijze een zo volledig mogelijke informatie over de ondernemingen waarin zij overwegen te investeren of waarmee zij willen contracteren. Zij hebben waarschijnlijk belangstelling voor de solvabiliteit van de onderneming om te kunnen appreciëren dat zij hun investering zullen kunnen recupereren, maar uiteraard ook voor het rendement van hun investering, en de waarde van de onderneming in haar geheel. Dit laatste veronderstelt een waardering volgens historische kostprijs voor het beoordelen van het beheer, maar vooral een waardering volgens vervangingswaarde voor het voeren van een gezonde winstverdeling en het ramen van de te verwachten uitgaven. Ook bij andere contracten rijzen dezelfde vragen: de solvabiliteit is belangrijk om te weten of de onderneming in extremis haar verbintenissen kan nakomen, en het rendement bepaalt hoe de handelsrelatie zich zal kunnen ontwikkelen.

153. De groep ondernemingen die eventueel krediet kunnen of willen verlenen aan een onderneming is complex. Tot deze groep kunnen alle leveranciers worden gerekend die niet onmiddellijk bij levering of zelfs bij bestelling betaald worden, en de financiële instellingen en andere ondernemingen die werkingskredieten ter beschikking willen stellen aan een onderneming. Beide groepen zullen belangstelling hebben voor de rendabiliteit en de solvabiliteit, en naarmate hun vorderingen op kortere termijn opeisbaar worden, voor de liquiditeit en de tresaurie toestand.

154. Tenslotte dient zeker nog nagegaan te worden welke bijzondere eisen gesteld moeten worden aan de jaarrekeningen van ondernemingen die deel uitmaken van een concern. De jaarrekeningen van deze ondernemingen vervullen in principe dezelfde functies als deze van andere ondernemingen. De grote onderlinge afhankelijkheid maakt het evenwel dikwijls wenselijk dat wie belang stelt in de toestand van een van de ondernemingen, ook kennis heeft van de jaarrekeningen van de andere ondernemingen van de groep, en van de aard en de omvang van de verbintenissen

die tussen verschillende ondernemingen van eenzelfde groep bestaan (1). Deze gegevens dienen toe te laten de winstverdelingspolitiek, de localisatiepolitiek inzake liquiditeiten en de financieringspolitiek van een concern te beoordelen. Het beschikken over de gegevens die toelaten het beleid van de groep te beoordelen is niet alleen belangrijk voor de mino-ritaire aandeelhouders in ondernemingen die door een andere onderneming of een groep ondernemingen worden gecontroleerd. Het is ook belangrijk voor derden die met een onderneming willen contracteren te weten welke garanties de onderneming biedt waarmee zij contracteren. Zij dienen daarbij een inzicht te hebben in demate waarin de activa van de groep de verbintenis- sen van leden van de groep garanderen, of omgekeerd, te weten in welke mate de vorderingen van de altijd beter geïnformeerde groep de activa van een onderneming uit de groep belasten. Ook overheidsinstanties kunnen van deze inlichtingen gebruik maken om een billijke risicoverdeling na te streven tussen leden van een groep en andere schuldeisers (2).

§ 2. Ondernemingen die gehouden zijn tot het publiceren en opstellen van jaarrekeningen

1) Ondernemingen die gehouden zijn tot het publi- cieren van jaarrekeningen

155. De regels inzake jaarrekeningen zijn deels opgenomen in algemene bepalingen over de door ondernemingen te voeren boekhou- ding, en deels in de gecoördineerde wetten op de handelsvennoot- schappen.

(1) Zie hierover voor Nederland, o.a. J.J.M.N. HONEE, Enige op- merkingen betreffende de vrijstellingsregeling voor dochter- vennootschappen in art. 38 a Wet Jaarrekeningen, de N.V., 49° jrg., p. 201; en voor Franse ontwerpen terzake, J. GUYENOT, Banque 1973, p. 916.

(2) Zie bijv. inzake initiatieven van zgn. 'depistage diensten': A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 34; A. PUELINCKX, De controle op jaarrekeningen van vreemde vennootschappen, Rev. de la Banque 1968, p. 604 e.v. en met bespreking in voormeld artikel J. VAN DER GUCHT, B.R.H. 1968, vnl. p. 709 e.v.

156. De wet van 17 juli 1975 (1) voerde een aantal bepalingen in over de boekhouding van ondernemingen. Deze wet machtigt de Koning om ondernemingen te verplichten tot het opmaken en bekendmaken van geconsolideerde rekeningen (2). De Koning heeft van deze bevoegdheid nog geen gebruik gemaakt. De andere bepalingen in de wet breiden de publicatieplicht niet uit, en betreffen alleen de inhoud van de boekhouding die bijgehouden moet worden door alle handelaars, handelsvennootschappen, vennootschappen in handelsvorm, of openbare instellingen waarvan de verbintenissen door de wet als handelsverbintenissen worden beschouwd. Zij hoeven hier daarom niet verder te worden besproken.

157. Volgens de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen dienen de N.V.'s (3), P.V.B.A.'s (4), Commanditaire Vennootschappen op aandelen (5), een balans en een verlies- en winstrekening op te stellen. Coöperatieve vennootschappen moeten alleen een balans opstellen (6).

158. Het voorstel voor een (vierde) richtlijn van E.G. voor de jaarrekeningen van kapitaalvennootschappen betreft alleen de N.V.'s en de P.V.B.A.'s (7). Wel kan hier al worden aangestipt dat bijzondere bepalingen inzake jaarrekeningen o.a. gelden voor ondernemingen met meer dan 150 werknemers (8), de banken (9), de

(1) B.S. 4 september 1975.

(2) Art. 11, 1°, besproken door L. FREDERICQ, o.c., I, p. 188 e.v., nrs. 165 e.v.; H. OLIVIER, *La nouvelle loi sur la comptabilité des entreprises*, Rev. Banque 1975, p. 382 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, p. 83 e.v., nrs. 62 e.v.; J. STEENBERGEN, *De boekhouding en jaarrekeningen van ondernemingen*, R.W. 1975-1976, kol. 757 e.v.; D. STERCKX, *La loi du 17 juillet 1975 sur la comptabilité et les comptes annuels des entreprises*, Rev. Not. B. 1976, p. 110 e.v.

(3) Art. 80 en 10 Venn.W.

(4) Art. 137 en 12 § 3 Venn.W.

(5) Art. 107 Venn.W.

(6) Art. 161 en 12 § 3 Venn.W. Zie hierover verder: J. RONSE, Vennootschapswetgeving 1973, p. 39.

(7) Zie Suppl. 7/71 Bull. E.G. 12-1971, art. 1.

(8) (9) .../...

levensverzekeringsmaatschappijen (1) en de arbeidsongevallen-verzekeringsmaatschappijen (2).

159. Deze regeling is behalve op de eerder vermelde Belgische ondernemingen, ook van toepassing op de vestigingen (succursalen en bedrijfszetels) in België, van natuurlijke personen die hun woonplaats in het buitenland hebben en van rechtspersonen die zijn opgericht volgens buitenlands recht. Alleen hun Belgische vestigingen zijn evenwel onderworpen aan de Belgische boekhoudingsregels. Wanneer zij verschillende vestigingen in België hebben, worden deze als één onderneming beschouwd (3). Opgemerkt kan worden dat de buitenlandse vestigingen van Belgische ondernemingen die geen eigen rechtspersoonlijkheid naar buitenlands recht hebben, wel in de Belgische boekhouding van de hoofdzetel dienen te worden verwerkt overeenkomstig de bepalingen van de wet, zij het in afzonderlijke rekeningen wanneer zij een afzonderlijke economische activiteit uitoefenen (4).

(8) Zie W. 20 september 1948, art. 14 inzake de O.R. (B.S. 27/28 september 1948) en K.B. 27 november 1973 betreffende de economische en financiële inlichtingen die verstrekt moeten worden aan de ondernemingsraden (B.S. 28 november 1973), zoals gewijzigd door art. 42 W. 30 juni 1975 (B.S. 2 augustus 1975).

(9) Zie o.a. art. 12 K.B. nr. 185 van 9 juli 1935 (B.S. 10 juli 1935).

(1) Art. 23 W. 25 juni 1930 (B.S. 18 juli 1930).

(2) Art. 8 e.v. K.B. 21 december 1971 (B.S. 28 december 1971).

(3) Zie art. 1 W. 17 juli 1975.

(4) Zie hierover verder: J. STEENBERGEN, o.c., R.W. 1975-1976, kol. 762.

160. Noch de wet van 17 juli 1975, noch de uitvoeringsbesluiten, wijzigen de publiciteitsvoorschriften voor jaarrekeningen. De nieuwe regeling voor de te publiceren balans, resultatenrekening en toelichting kan nochtans een aanzienlijke overbelasting veroorzaken van de diensten van het Belgisch Staatsblad wegens de belangrijke toename van het aantal per onderneming te publiceren gegevens. Om dit probleem op te lossen overweegt de regering een aanpassing van de publiciteitsvoorschriften. De jaarrekeningen zullen dan nog alleen neergelegd moeten worden op de griffie van de rechtbank van koophandel, waarna in de Bijlagen bij het Staatsblad slechts een mededeling zal worden gepubliceerd om de belanghebbenden mee te delen dat de jaarrekeningen op de griffie kunnen worden geconsulteerd. De griffie zou worden belast met de verspreiding van de jaarrekeningen (1). Wegens het eerder geringe nut van een integrale publicatie van jaarrekeningen in de Bijlagen bij het Staatsblad, lijkt een dergelijke regeling op zichzelf vokomen bevredigend. Wel zal daarbij rekening moeten worden gehouden met art. 44, 2° lid van het voorstel vierde richtlijn, dat nog steeds voorziet in een integrale publicatie van de jaarrekeningen in een nationaal publicatieblad. Van deze regel kan alleen worden afgeweken voor kleinere ondernemingen (2).

2) ondernemingen die gebonden zijn tot het opstellen van jaarrekeningen

161. De wet van 17 juli 1975 (3) betreffende de boekhouding en de jaarrekening van ondernemingen, voorziet evenwel voor een veel groter aantal ondernemingen de verplichting tot het opstellen van jaarrekeningen. Omdat deze stukken goeddeels bepalen welke verdere inlichtingen een onderneming verstrekken kan, en welke inlichtingen dus bijvoorbeeld ter beschikking zijn

(1) Zie Rapport aan de Koning, B.S. 1976, p. 13464.

(2) Zie art. 50, 2° lid van het voorstel van vierde richtlijn.

(3) B.S. 4 september 1975.

van de verder te bespreken depistagediensten van de rechtbanken van koophandel, lijkt het daarom nuttig even stil te staan bij het toepassingsgebied van deze wet. Zij is van toepassing op alle handelaars, handelsvennootschappen, vennootschappen in handelsvorm en openbare instellingen waarvan de verbintenissen door de wet als handelsverbintenissen worden gekenmerkt (1). De wet is niet integraal van toepassing op ondernemingen uit sommige sectoren waarvoor een bijzondere regeling geldt, zoals de bank- en verzekeringsmaatschappijen (2). Voor de omvang van de boekhoudingsverplichtingen wordt verder een onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën ondernemingen.

162. De wet van 17 juli 1975 maakte of voorzag, buiten de sectoren waarvoor een bijzondere reglementering geldt, een onderscheid tussen vier categorieën ondernemingen (3):

- 1°) kleine ondernemingen, gekenmerkt door hun rechtsvorm en omzetcijfer, die een vereenvoudigde boekhouding mogen voeren (4);
- 2°) ondernemingen die aan alle bepalingen uit de wet zijn onderworpen, maar niet aan alle uitvoeringsbesluiten, en met name niet aan het hier besproken besluit: dit zijn ondernemingen die jaarlijks gemiddeld niet meer dan 50 werknemers in dienst hebben voor zover hun omzetcijfer, exclusief B.T.W., voor het laatste boekjaar niet hoger was dan 50 miljoen frank, en het totaal van hun balans bij het einde van het boekjaar niet hoger is dan 25 miljoen frank, tenzij de Koning deze cijfers gewijzigd heeft (5);

(1) Zie art. 1.

(2) Zie art. 16.

(3) Zie voor het gehanteerde ondernemingsbegrip: art. 1 W. 17 juli 1975, H. OLIVIER, Rev. Banque 1975, p. 384; J. STEENBERGEN, R.W. 1975-1976, kol. 761 e.v.

(4) Art. 5 W. 17 juli 1975. Het toepassingsgebied werd nader omschreven in het K.B.

(5) Art. 12 W. 17 juli 1975.

- 3°) ondernemingen die aan alle uitvoeringsbesluiten zijn onderworpen, behalve aan de besluiten inzake geconsolideerde jaarrekeningen;
- 4°) ondernemingen die geconsolideerde jaarrekeningen dienen op te stellen (1).

163. Het K.B. 8 oktober 1976 (2) voerde, naast de eerder in nr. 162 besproken categorieën ondernemingen, een nieuw onderscheid in. Binnen de daar als categorie 3 aangeduide groep ondernemingen, wordt een onderscheid gemaakt tussen ondernemingen die de volledige jaarrekeningen dienen te publiceren, en ondernemingen die alleen een uittreksel uit die jaarrekeningen hoeven neer te leggen of bekend te maken (3). Deze vereenvoudigde publiciteitsregeling is van toepassing op ondernemingen die gemiddeld niet meer dan honderd werknemers in dienst hebben, waarvan het omzetcijfer exclusief B.T.W. voor het laatste boekjaar niet meer bedroeg dan honderdmiljoen frank en het balans totaal niet meer dan vijftig miljoen frank. Deze ondernemingen mogen geen publiek beroep hebben gedaan op het spaarwezen in de zin van de vennootschapswetgeving, en geen filiale zijn van een onderneming die verplicht is om haar jaarrekeningen neer te leggen of bekend te maken.

§ 3. In de jaarrekeningen te vermelden gegevens

A. Belgisch recht

164. De bepalingen terzake waren tot 1976 zeer schaars en de meeste gepubliceerde jaarrekeningen dan ook bijzonder lako-

(1) Art. 11 W. 17 juli 1975 gaf aan de Koning de bevoegdheid terzake besluiten te nemen. Er werden nog geen besluiten over geconsolideerde jaarrekeningen genomen. Zie nochtans verder onder nr. 173.

(2) B.S. 19 oktober 1976.

(3) Zie art. 39 K.B. 8 oktober 1976.

niek (1).

165. Volgens art. 77 Venn.W. moet een balans de volgende inlichtingen vermelden:

- vastliggende en realiseerbare activa;
- kapitaal, reserve, obligatieleningen, schulden met - en schulden zonder zakelijke waarborg, schulden van bestuurders, beheerders en commissarissen t.o.v. de vennootschap.

Artikel 51 Venn.W. voegt hier voor de N.V. aan toe dat jaarlijks bij de balans meegedeeld moet worden welke geldstortingen er voor de volstorting van het kapitaal werden verricht, welke aandeelhouders hun aandeel nog niet volstort hebben en welke bedragen zij nog verschuldigd zijn.

166. Over de wijze waarop de diverse activa en passiva gewaardeerd moeten worden zegt art. 77 Venn.W. alleen dat op de activa de nodige afschrijvingen moeten gebeuren. De rechtspraak heeft terzake alleen het algemeen beginsel van de goede trouw geëxploiteerd door te stellen dat de schattingen dienen te gebeuren met oprechtheid en te goeder trouw, en met voorzichtigheid om de resultaten van het volgend boekjaar niet in het gedrang te brengen (2). Later werd hier aan toegevoegd dat een waardering ook 'exact' dient te zijn (3). Voor activa zoals onroerende goederen houdt dat in dat zij niet hoger gewaardeerd mogen worden dan hun werkelijke waarde. Hiermee wordt wellicht ook bedoeld dat zij wanneer de reële verkoopprijs hoger ligt bij voorkeur tegen kostprijs gewaardeerd dienen te worden, vermits het arrest hier aan toevoegt dat daarom de minderwaarde die volgt uit het verschil tussen de aankoopprijs en de "werkelijk" waarde geboekt mag worden (4).

167. Deze bijzonder summiere regeling werd sinds lang ontoereikend geacht (5). In het raam van de voorontwerpen voor een globale herziening van het vennootschapsrecht, werd ook een nieuwe regeling voor de jaarrekeningen overwogen die gelden zou voor N.V.'s, P.V.B.A.'s en samenwerkende vennootschappen. Dit

(1) Zie bijv. HANON de LOUVET, o.c., p. 2, M.H. MOSBEUX-BRAHAM en E. LANGER, Problèmes relatifs à la normalisation comptable, Rev. Banque 1975, p. 2.

(2) Cass. 22 april 1929, Pas. 1929, I, 164.

(3) Cass. 12 november 1957, Pas. 1958, I, 254 en Brussel, 12 juni 1958, R.P.S. 1959, 106 besproken door J. VAN RYN en P. VAN OMME-SLAGHE, Examen de jurisprudence (1957-1960), Les sociétés commerciales, R.C.J.B. 1962, p. 401.

(4) Cass. 5 november 1963, Pas. 1964, I, 254 besproken in J. RONSE, Vennootschappen, Overzicht en rechtspraak 1964-1967, T.P.R. 1967, p. 629 e.v. en 711, nr. 161; zie ook over de rechtsleer terzake: H. SIEBENS, o.c., p. 82, nr. 83.

(5) .../...

voorziet een nauwkeuriger indeling van activa en passiva. Het vraagt dat de jaarrekeningen een getrouw en volledig overzicht van de toestand van de onderneming geven. Voor de balans zou hiertoe een beredeneerd, voorzichtig en naar waarheid waarden van activa en passiva verlangd worden. Eerder werd een waardering overeenkomstig de goede boekhoudingsprincipes overwogen. Deze principes zijn in sommige landen in uitvoerige codexen uitgewerkt (1). De Commissie weerhield deze term omdat zij het niet wenselijk oordeelde de term "juiste waardering" uit de fiscale rechtspraak over te nemen (2). Voor voorraden wordt geen hogere waardering dan de aanschaffingswaarde, de inbrengwaarde of de kostprijs (prix de revient) aanvaard. Indien met de kostprijs de inkoopprijs op balansdatum bedoeld wordt, laat het ontwerp dus ook een waardering volgens vervangingskosten toe (3). Wanneer deze term niet zo geïnterpreteerd mag worden, nodigt het ontwerp wel enigszins uit tot het aanleggen van reserves op basis van de vervangingskosten door het voorzien van een passiva balanspost "vervangingsfondsen (fonds de renouvellement)". Een verplichting tot het aanleggen van dergelijke reserves zou nochtans niet worden ingevoerd voor activa die bestemd zijn om verkocht of verwerkt te worden of waarop afschrijvingen worden toegepast. Voor andere activa wordt het opleggen van het opbouwen van reserves tot waardeverminderingrisico's wel overwogen. Ook voor de af te schrijven activa zouden bij waardevermindering correcties in de waardering moeten worden aangebracht. Opgemerkt kan ook worden dat het voorontwerp een bijzonder genuanceerde regeling voorziet voor het boeken van immateriële activa. Misschien even belangrijk als deze, toch nog vrij vage, waarderingsrichtlijnen, is de waarschijnlijk voorgestelde verplichting om de gevolgde waarderingsmethoden en reserveringspolitiek nauwkeurig voor iedere balanspost in de bijlage van de balans te publiceren. De publicaties van balans en bijlage zou nochtans alleen opgelegd worden aan N.V.'s en vennootschappen met een veranderlijk kapitaal die een publiek beroep deden op de kapitaalmarkt. Het is niet duidelijk of deze beperking alleen voor de vennootschappen met veranderlijk kapitaal, een in het ontwerp geïntroduceerde vennootschapsvorm, of ook voor de N.V.'s zou gelden.

(5) Zie o.a. La réforme du régime des sociétés anonymes en Belgique, R.P.S. 1939, p. 337; Ch. del MARMOL, L'actionnaire et son droit à l'information, R.P.S. 1957, p. 1 e.v.; M.H. MOSBEUX-BRAHAM en E. LANGEN, l.c.; J. ROCHETTE, Rev. Banque 1974, p. 618 e.v.

(1) Zie o.a. voor de U.S.A.: S. DAVIDSON, o.c., 2-3 e.v. Deze term wordt bijv. ook in Duitsland in de wetgeving gebruikt: zie o.a. U. LEFFSON, l.c.

(2) H. SIEBENS, o.c., p. 84.

(3) Het algemeen opleggen van een waardering volgens vervangingswaarde wordt o.m. verdedigd door H. SIEBENS, o.c., p. 120.

168. Deze regeling werd ingrijpend veranderd door de wet van 17 juli 1975 betreffende de boekhouding en de jaarrekening van ondernemingen (1). De wet zelf verplicht alleen tot het voeren van een aan de aard en de omvang van de onderneming aangepaste boekhouding volgens de regels van de dubbele boekhouding, aan de hand van een aantal boeken en rekeningen (2). De gegevens van de rekeningen moeten eens per maand of per kwartaal worden gecentraliseerd (3), en eens per jaar na toetsing met de inventaris worden samengevat in de jaarrekeningen (4). De inventaris moet worden opgesteld met goede trouw en voorzichtigheid, na onderzoek, raming en verificatie van alle tegoeden, rechten, schulden, verbintenissen en eigen middelen van de onderneming (5). Wanneer een onderneming van elkaar onderscheiden economische activiteiten uitoefent, moet voor elk van deze activiteiten een afzonderlijk stel rekeningen worden gehouden (6). Er werd ook een commissie voor boekhoudkundige normen ingesteld om een boekhoudkundige codex voor te bereiden en de regering en het parlement te adviseren over boekhoudkundige problemen (7). Eerder werd al gesproken over de bevoegdheid die in het ontwerp aan de Koning werd gegeven inzake geconsolideerde jaarrekeningen, en over het toepassingsgebied van de nieuwe regeling (8).

(1) B.S. 4 september 1975. Zie over deze wet ook de onder nr. 156 vermelde auteurs.

(2) Art. 2 en 4 W. 17 juli 1975.

(3) Idem, art. 4.

(4) Art. 7.

(5) Art. 7.

(6) Art. 3.

(7) Art. 14.

(8) Zie nrs. 162 en 173.

169. De wet veronderstelde verschillende uitvoeringsbesluiten om operationeel te worden. De belangrijkste zijn deze die werden voorzien in art. 4, 6° lid inzake het boekhoudkundig plan, en in art. 7, 4° lid over de inhoud en de presentatie van de jaarrekeningen. Verder machtigde de wet de Koning in hoofdzaak om het toepassingsgebied van de voorziene regelingen af te bakenen of te wijzigen. De Koning nam reeds het K.B. 8 oktober 1976 (1) over de jaarrekening van de ondernemingen. Het zal later normalerwijze worden aangevuld met een besluit over het boekhoudkundig plan. Toch mag worden verwacht dat dit besluit, om het opstellen van de jaarrekeningen te vergemakkelijken, nu al het boekhoudkundig plan van veel ondernemingen zal beïnvloeden, ondanks het tijdelijk bevriezen van art. 5 van het besluit waarin gesteld wordt dat ondernemingen een rekeningstelsel moeten uitbouwen dat toelaat er zonder toevoegingen of weglatingen de gegevens aan te ontleen die vereist zijn om de in dit besluit gereguleerde jaarrekeningen op te stellen (2).

1) vorm en inhoud van de jaarrekening (3)

170. Het besluit herhaalt eerst de algemene beginselen waaraan een behoorlijke boekhouding dient te voldoen volgens de wet van 17 juli 1975 (4). Zowel voor de balans als de verlies- en winstrekening wordt vervolgens gesteld dat zij moeten worden opgesteld overeenkomstig een in bijlage bij het besluit gepubliceerde schema. Daarbij wordt voor de verlies- en winstrekening

(1) B.S. 19 oktober 1976. Zie hierover: W. VANHORENBEECK, De uitvoering van de Wet van 17 juli 1975 op de jaarrekeningen van de ondernemingen, R.W. 1976-1977, kol. 875 e.v.

(2) Art. 5 en 48 K.B. 8 oktober 1976.

(3) De tekst verwerkt in de nrs. 170-197 werd in een andere vorm ook gepubliceerd in J. STEENBERGEN en K. VAN HULLE, De jaarrekening van ondernemingen, Economisch en Sociaal Tijdschrift, 31 (1977), p. 81 e.v. en J. STEENBERGEN en K. VAN HULLE, De nieuwe Belgische regeling inzake jaarrekeningen in een Europeesrechtelijk perspectief, R.W. 1976-1977, kol. 2103 e.v. De auteur bevestigd zijn erkentelijkheid aan de heer K. Van Hulle voor zijn instemming om ook de gegevens inzake de conformiteit van de Belgische regeling met het voorstel van vierde richtlijn die mede door hem werden aangebracht, in deze tekst te verwerken.

(4) Idem, art. 3; zie art. 2 W. 17 juli 1975.

(hierna zoals in het besluit resultatenrekening genoemd), de keuze gelaten tussen de scontro- en de staffelvorm. Wanneer activa of passiva in verschillende rubrieken kunnen worden opgenomen, dan moet een keuze worden gemaakt voor de rubriek waarmee de situatie van de onderneming het duidelijkst, getrouwst en meest systematisch wordt weergegeven (1). De ondernemingen zijn vrij de rubrieken en onderrubrieken verder onder te verdelen en mogen, wanneer de duidelijkheid dit vereist, de benaming van sommige rubrieken door een meer aangepaste vervangen (2). Wel dient de voorstelling van jaar tot jaar ongewijzigd te blijven, behalve wanneer wijzigingen vereist zijn wegens veranderingen in de financiële structuur van de onderneming en haar vermogen, en die wijzigingen in de toelichting bij de jaarrekening worden verantwoord (3). Compensatie tussen te goeden en schulden, rechten en verbintenissen, opbrengsten en kosten, is verboden, behalve wanneer het besluit het anders bepaalt (4).

171. Het is niet mogelijk om in dit bestek de schema's volledig te bespreken die in bijlage werden opgenomen voor het opstellen van de balans en de resultatenrekening in één van de twee voorziene presentatievormen (5). De jaarrekening dient

(1) Idem, art. 8.

(2) Idem, art. 9.

(3) Idem, art. 10.

(4) Idem, art. 6.

(5) De bijlage beslaat meer dan twintig bladzijden in het Staatsblad: het balans totaal wordt berekend op basis van meer dan 70 rubrieken en onderrubrieken, en de resultatenrekening voorziet meer dan zestig rubrieken en onderrubrieken. Deze rubrieken en onderrubrieken worden omschreven en toegelicht, deels in de tekst van het besluit (idem, art. 12 e.v.), en deels in de toelichting die bij de schema's in de bijlage werd gepubliceerd en waarnaar in de tekst van het artikel wordt verwezen (idem, art. 7).

voor elk van de rubrieken en onderrubrieken, niet alleen de gegevens te vermelden voor het afgesloten boekjaar, maar om een vergelijking te vergemakkelijken, ook de cijfers van het voorgaande boekjaar opnieuw te vermelden (1). Ieder jaar wordt de balans opgesteld na de toewijzing van het saldo van de resultatenrekening en de overgedragen resultaten. Wanneer terzake nog geen definitieve beslissing is genomen, wordt de balans opgesteld onder opschortende voorwaarde van die beslissing (2).

172. Of de voorziene posten voor de balans^{en} de resultatenrekening volstaan en/of noodzakelijk zijn om een inzicht te krijgen in de financiële situatie van een onderneming, is een vraag die door bedrijfseconomen moet worden beantwoord. Wel kan worden opgemerkt dat de nieuwe regeling een bijzonder grote verbetering brengt in vergelijking met de vroegere, uiterst summierse boekhoudingsverplichtingen inzake jaarrekeningen. Met name kan worden opgemerkt dat het voor de balans en de daarbij te voegen toelichting voorziene schema, een beter inzicht geeft in de kredietpositie van de onderneming. De rubriek schulden wordt opgesplitst in schulden op langer dan één jaar en schulden op ten hoogste één jaar, waarbij telkens een onderverdeling wordt gemaakt volgens de oorsprong van de schuld en de schuldenaar. Het is jammer dat in de toelichting de zekerheden die voor deze schulden werden bedongen niet verder moeten worden gespecificeerd. Het verplicht vermelden van het bedrag van de neerglegde facturen tot het vestigen van een voorrecht op nog niet betaalde bedrijfsuitrusting en het nemen van een pand op de handelszaak, zou de publiciteit voor deze zekerheden gemakkelijker toegankelijk maken (3). Belangrijker is wellicht dat de schulden en voorzieningen wegens belastingen, sociale last en bezoldigingen vermeld dienen te worden op de balans, en toegelicht in de toe-

(1) Idem, art. 11.

(2) Idem, art. 11.

(3) Zie hierover verder: J. STEENBERGEN, R.W. 1975-1976, kol. 2322 e.v.

lichting, waardoor een raming vergemakkelijkt wordt van belangrijke voorrechten waarvoor tot op heden geen informatie beschikbaar was. Toch kan wellicht ook op dit punt worden betreurd dat voor de vergoedingen die bij sluiting van de onderneming verschuldigd zijn aan de werknemers, en andere kosten van een vereffening, alleen door een onderneming in vereffening een voorziening moet worden gevormd (1). Ook voordien kan deze informatie nuttig zijn.

173. Het besluit bevat geen regeling voor een geconsolideerde jaarrekening. Aangezien initiatieven terzake worden voorbereid op het vlak van de Europese Gemeenschap wilde de regering wachten tot de Commissie een voorstel had ingediend bij de Raad. Dit geschiedde op 4 mei 1976. Toch werden in het besluit reeds belangrijke stappen gezet in de richting van een grotere doorzichtigheid van concernverhoudingen. Zo wordt in Hoofdstuk II van de bijlage bij het K.B. een definitie gegeven van de begrippen 'verbonden onderneming' in tegenstelling tot 'onderneming waarmee een participatieverhouding bestaat' en van de begrippen 'filiale' en 'sub-filiale' (2). Bovendien bepaalt

(1) Zie art. 40 K.B. 8 oktober 1976.

(2) Zie IV A van Hoofdstuk II van de bijlage bij het K.B. 8 oktober 1976, B.S. 19 oktober 1976, p. 13495. Voor de omschrijving van het begrip 'verbonden onderneming' wordt uitgegaan van de omschrijving van het begrip 'filiale' of 'sub-filiale'. Voor de definitie van 'filiale' of 'sub-filiale' wordt grotendeels gebruik gemaakt van dezelfde criteria als bij de definitie van het begrip 'afhankelijke onderneming' in art. 6 van het gewijzigd voorstel van verordening voor een statuut voor Europese Naamloze Vennootschappen (Bull. E.G., Suppl. 4/75), art. 2 van het voorstel voor een zevende richtlijn inzake de concernjaarrekening (Bull. E.G., Suppl. 9/76) en art. 1 van het Voorontwerp van richtlijn tot harmonisatie van het concernrecht (Com. Doc. XI/328/74). Nochtans zijn er een aantal belangrijke verschilpunten. Zo wordt o.m. als filiale of sub-filiale van een onderneming aangeduid elke andere onderneming waarin eerstgenoemde, in rechte of in feite, een doorslaggevende invloed kan uitoefenen op de benoeming van tenminste de helft van haar leden. Dit element wordt in het Voorstel voor een S.E. beschouwd als een onweerlegbaar vermoeden van afhankelijkheid en in het Voorstel voor een zevende richtlijn en het Voorontwerp van richtlijn tot harmonisatie van het concernrecht als een weerlegbaar vermoeden van afhankelijkheid. .../...

het besluit dat participaties in, vorderingen op, en schulden tegenover deze ondernemingen in de balans of de toelichting dienen te worden vermeld, evenals de zakelijke en persoonlijke zekerheden die door of aan deze ondernemingen werden verstrekt. Punt 5 van de toelichting bij het besluit legt daarenboven de verplichting op om een aantal gegevens mede te delen over de vennootschappen waarin participaties worden aangehouden (1).

2) vorm en inhoud van de gepubliceerde jaarrekeningen.
Algemene regeling.

174. De jaarrekeningen die volgens de vennootschapswetgeving neergelegd dienen te worden in het vennootschapsdossier bij het handelsregister, of bekendgemaakt in de bijlagen bij het Staatsblad, moeten worden opgesteld volgens de bepalingen van dit besluit (2). Samen met de balans en de resultatenrekening,

(2) ./.. Indien de participaties tenminste de helft van het kapitaal van deze andere vennootschap vertegenwoordigen of indien de eraan verbonden stemrechten tenminste de helft vertegenwoordigen van de stemrechten verbonden aan de gezamenlijk door deze laatste uitgegeven aandelen en deelbewijzen, wordt deze andere onderneming onweerlegbaar geacht een filiale of een sub-filiale van de eerstgenoemde te zijn. Een participatie ten belope van tenminste de helft van het kapitaal wordt in de drie europese voorstellen beschouwd als een weerlegbaar vermoeden van afhankelijkheid, terwijl de beschikking over meer dan de helft van de stemrechten in het Voorstel voor een S.E. als een onweerlegbaar vermoeden en in de twee andere europese voorstellen als een weerlegbaar vermoeden van afhankelijkheid wordt beschouwd. Voor de omschrijving van het begrip 'onderneming waarmee een participatieverhouding bestaat' wordt aangeleund bij het begrip 'geassocieerde onderneming', in art. 1 van het Voorstel voor een zevende richtlijn inzake de concernjaarrekening. Het daarin vastgelegde vermoeden van associatie bij een rechtstreekse of middellijke deelneming van ten minste 20% of het bezit van ten minste 20% van de stemrechten wordt evenwel niet opgenomen. Tenslotte wordt voor de omschrijving van het begrip 'participatie' gebruik gemaakt van hetzelfde vermoeden bij bezit van 10% van het geplaatst kapitaal als in art. 14 van het Gewijzigd Voorstel voor een vierde richtlijn.

(1) Zie hierover P. Kuyper in "De jaarrekening van de ondernemingen - Ontwerp van Koninklijk Besluit", Studiecentrum voor Bank- en Financiewezen - Belgisch Centrum voor Normalisatie van de Accountancy en het Revisoraat, no. 267, september 1976, p. 11-12.

(2) Idem, art. 37. De wet van 17 juli 1975 voorzag geen publici-
.../...

dient een toelichting te worden neergelegd of bekendgemaakt, waarvoor ook in bijlage bij het besluit een aantal te vermelden inlichtingen worden opgesomd (1). Rubrieken en onderrubrieken die voor een bepaalde onderneming zonder voorwerp zijn, mogen in de gepubliceerde jaarrekeningen worden weggelaten (2).

- 3) vorm en inhoud van de gepubliceerde jaarrekeningen.
Bijzondere regeling voor middelgrote ondernemingen.

175. Zoals eerder vermeld voerde het K.B. 8 oktober 1976 een nieuwe regeling in waarbij sommige middelgrote ondernemingen als een afzonderlijke groep worden beschouwd. Deze ondernemingen hoeven alleen een licht vereenvoudigde balans, en een sterk vereenvoudigde resultatenrekening te publiceren (3).

176. Over de opportuniteit van een meer beknopte informatieplicht kan eindeloos worden getwist. Bij een vergelijken van beide stelsels krijgt men de indruk dat de balans nog steeds de informatie zal verstrekken waaraan behoefte bestaat. De gegevens die niet vermeld hoeven te worden hebben vooral betrekking op verbonden ondernemingen of ondernemingen waarmee een deelnemingsverhouding bestaat, en de afwijkende regeling is niet van toepassing op verbonden ondernemingen. De resultatenrekening wordt daarentegen wel minder doorzichtig. De regering wenste nochtans zeker zoveel belang te hechten aan de resultatenrekening als aan

(2) ./: teitsbepalingen (zie o. . J. STEENBERGEN, R.W. 1975-1976, kol. 761). De publiciteit van de jaarrekening wordt uitsluitend georganiseerd door de vennootschapswetgeving. Zie art. 80 en art. 10 Venn.W. voor de N.V., art. 137 en art. 12 § 3 Venn.W. voor de P.V.B.A. en art. 161 en art. 12 § 3 Venn.W. voor de coöperatieve vennootschap. Zie hierover J. RONSE, Vennootschapswetgeving 1973, p. 39.

(1) Art. 37 K.B. 8 oktober 1976.

(2) Idem, art. 38.

(3) Idem, art. 39.

de balans omdat zij toelaat zich een beter beeld te vormen over de te verwachten ontwikkeling van de werkgelegenheid, en ook de schuldeisers de gegevens verstrekt die noodzakelijk zijn om het risico dat zij nemen te ramen (1). Deze argumenten gelden ook tegenover middelgrote ondernemingen, die samen een belangrijk percentage van de werknemers te werk stellen, en als deelnemers aan het economisch leven voor veel ondernemingen belangrijke handelspartners zijn. Het lijkt daarom logischer alleen bijzondere boekhoudingsregels te voorzien voor ondernemingen die te klein zijn om aan alle voorwaarden uit het besluit te kunnen voldoen. Kleine ondernemingen vallen evenwel buiten het toepassingsgebied van dit besluit. En ook indien zij aan het besluit zouden worden onderworpen bij een aanpassing van het toepassingsgebied aan het voorstel van vierde richtlijn, zou de hier besproken regeling voor dat probleem geen oplossing brengen omdat het de publiciteitsplicht verlicht, maar de te voeren boekhouding niet merkbaar vereenvoudigt (2).

4) de bijzondere regeling voor vennootschappen in vereffening.

177. Zoals de Raad van State aanstipte, brengt het K.B. 8 oktober 1976 een novum in het vennootschapsrecht, door een bijzondere regeling in te voeren voor vennootschappen in vereffening (3). Daarbij moet toch worden opgemerkt dat dit besluit alleen bepaalt welke stukken de onderneming dient op te stellen, en hoe zij moeten worden opgesteld. Het kan niets wijzigen aan de publiciteitsvoorschriften omdat de wet van 17 juli 1975 de Koning daar niet toe machtigde, en wijzigt dus in niets art. 187 Venn.W. Vermits de afwijkingen in dit stelsel alleen de waarderingsregels betreffen, zal het verder in de volgende alinea's worden besproken.

(1) Zie Rapport aan de Koning, B.S. 19 oktober 1976, p. 13461.

(2) Zie nr. 15. Zie daarentegen contra een te ruime publiciteitsplicht: J.H. DERKSEN, Publiciteitsplicht in EEG-verband, een wereldvreemde en onwaarschijnlijke benadering; de N.V. 1975, p. 2 e.v.

(3) Zie o.a. Rapport aan de Koning, B.S. 19 oktober 1976, p. 13461 en J. GHIJSSEN, in De jaarrekening van ondernemingen, ontwerp van K.B., l.c., p. 40 e.v.

5) waarderingsregels

178. Zeker zo belangrijk als een gestandiseerde voorstellingswijze is voor de vergelijkbaarheid van jaarrekeningen het voorzien van uniforme waarderingsregels (1). Ook voor de waarderingsregels wordt eerst, zoals inzake de vorm en de inhoud van jaarrekeningen, verwezen naar de algemene beginselen inzake behoorlijk boekhouden uit de wet van 14 juli 1975 (2). Een belangrijk verschilpunt is evenwel dat de specifieke waarderingsregels uit het besluit in principe slechts gelden als een voorbeeld van uitwerking van deze beginselen omdat de ondernemingen er in ruimere mate van kunnen afwijken (3): zij mogen (totaal) andere waarderingsmethodes toepassen in de uitzonderlijke (4) gevallen waarin het toepassen van de in het besluit weerhouden waarderingsregels, niet zou leiden tot een boekhouding die beantwoordt aan de algemene beginselen van behoorlijk boekhouden. Wel dienen dergelijke afwijkingen vermeld en verantwoord te worden in de toelichting, waarbij de afwijkingen en de raming van het verschil met de waardering op basis van de historische kostprijs, vermeld dienen te worden in de toelichting bij de jaarrekeningen over het boekjaar waarin de afwijkingen voor het eerst worden toegepast. De jaarrekeningen dienen ieder jaar volgens dezelfde waarderingsregels te worden opgesteld, behalve wanneer ondermeer wegens veranderde omstandigheden de vroeger gehanteerde regels niet langer beantwoorden aan de vereiste van een behoorlijke boekhouding. Bij een dergelijke wijziging dienen de regels te worden toegepast die gelden bij een afwijking van de

(1) Zie o.a. J. STEENBERGEN, R.W. 1975-1976, kol. 759.

(2) Art. 15-19 K.B. 8 oktober 1976.

(3) Idem, art. 16.

(4) Art. 16 spreekt over 'uitzonderlijke gevallen'.

waarderingsregels die voorzien zijn in het besluit (1).

179. Als basisregel geldt dat alle activa gewaardeerd worden op grond van hun aanschaffingswaarde, vervaardigingswaarde of inbrengwaarde (2). Specifieke bepalingen gelden voor de oprichtingskosten, niet van derden verkregen vaste immateriële activa, rechten ontleend aan erfpacht, leasing, contracten en opstalrechten en andere gelijkaardige onroerende rechten, en ondernemingen in vereffening (3).

180. Deze uitgangswaardering kan evolueren tijdens de periode waarin de goederen behoren tot het patrimonium van een onderneming. Schematisch voorziet het besluit hiervoor de volgende regels:

- oprichtingskosten: afschrijvingen volgens in het besluit voorziene afschrijvingsritme (4);
- materiële en immateriële vaste activa met onbeperkte gebruiksduur: waardeverminderingen worden slechts geboekt bij een duurzame minderwaarde of ontwaarding. Zij mogen geherwaardeerd worden bij een vaststaande en blijvende meerwaarde (5);
- materiële en immateriële vaste activa met een beperkte gebruiksduur: afschrijvingen volgens de regels van behoorlijk boekhouden, en aanvullende uitzonderlijke afschrijvingen wanneer hun boekhoudkundige waarde hoger is dan hun gebruiks- waarde voor de onderneming wegens hun technische ontaarding of wijzigingen in economische of technologische omstandigheden. Bij een vaststaande en blijvende meerwaarde mogen zij geher-

(1) Art. 17 K.B. 8 oktober 1976.

(2) Idem, art. 20, en voor een definitie van de begrippen de artt. 21, 22 en 23.

(3) Idem, artt. 24-26, 28 § 1 en 40.

(4) Idem, art. 28 § 1.

(5) Idem, art. 28 § 3 en 34; zie ook art. 30 voor niet langer gebruikte activa. Zie ook art. 19, laatste lid voor het verplicht boeken van meerwaarden die eerder geboekte uitzonderlijke minderwaarden compenseren.

waardeerd worden (1);

- (voorraden) grondstoffen, verbruiksgoederen, hulpstoffen, fabrieken en handelsgoederen: aanschaffings- (of vervaardigings-) waarde, of marktprijs wanneer de marktprijs lager is (2);
- financiële participaties: waardeverminderingen worden geboekt bij duurzame minderwaarde of ontwaarding, inzake aandelen veroorzaakt door de toestand, rendabiliteit of vooruitzichten van de ondernemingen waarin de aandelen worden aangehouden. Bij een vaststaande en blijvende meerwaarde mogen zij geherwaardeerd worden (3).

181. Op twee belangrijke punten laat het besluit de ondernemingen de keuze tussen verschillende waarderingssystemen. Voorraden, of om de termen van het besluit te gebruiken: activa met identieke technische of juridische kenmerken, mogen naar keuze van de onderneming gewaardeerd worden volgens de LIFO of de FIFO methode. Materiële vaste activa met een beperkte gebruiksduur kunnen naar keuze gewaardeerd worden uitgaande van de aanschaffingswaarde, of van de vervangingswaarde. Bij een optie voor de vervangingswaarde dient zulks vermeld te worden in de toelichting, en moet het verschil tussen de vervangingswaarde en de aanschaffingswaarde geboekt worden aan de passiefzijde zolang de daar opgenomen bedragen nodig zijn voor het behoud van het potentiële van de onderneming (4).

(1) Idem, art. 28 § 2 en 34; zie ook art. 30 voor niet langer gebruikte activa; klein materieel, grondstoffen, verbruiksgoederen en hulpstoffen die voortdurend hernieuwd worden en waarvan de aanschaffingswaarde te verwaarlozen is in verhouding tot het balanstotaal mogen wanneer hun waarde en samenstelling niet aanmerkelijk veranderen van jaar tot jaar, voor een vast bedrag worden opgenomen; idem, art. 32.

(2) Idem, art. 27 en 31; voor vorderingen die slechts op lange of halflange termijn gerealiseerd kunnen worden, worden minderwaarden alleen geboekt bij een duurzame minderwaarde of ontwaarding. Zie ook art. 19, laatste lid voor het verplicht boeken van meerwaarden die eerder geboekte uitzonderlijke minderwaarden compenseren.

(3) Idem, art. 29 en 32; specifieke regels gelden voor niet volstorte aandelen. Zie ook art. 19, laatste lid.

(4) Idem, art. 35.

182. Wanneer we deze regeling toetsen aan de objectieven waaraan jaarrekeningen dienen te beantwoorden volgens wat in nrs. 144 en 152 e.v. werd gesteld, dan kan het volgende worden vastgesteld:

183. - De historische kostprijs of aanschaffingswaarde kan normaal altijd in de jaarrekeningen worden teruggevonden voor de vaste activa, en voor de vlottende activa die in de loop van het boekjaar werden aangeschaft of in een vorig boekjaar en sindsdien niet werden geherwaardeerd of gedeeltelijk afgeschreven. In de meeste gevallen zal de historische kostprijs daarom teruggevonden kunnen worden (1).

184. - De waardering van activa volgens het nut dat zij voor de onderneming hebben is een van de objectieven van de nieuwe regeling (2). In principe kan een benadering van deze waarde voor de meeste activa teruggevonden worden in de jaarrekeningen wanneer het nut van activa lager is geworden dan hun aanschaffingswaarde. Waardeverminderingen dienen geboekt te worden op grond van de bepalingen die verplichten tot afschrijven en het boeken van aanvullende of uitzonderlijke afschrijvingen bij een duurzame minderwaarde, en de bepalingen inzake voorraadwaardering (3). Ook bij een waardering volgens vervangingswaarde mag aangenomen worden dat deze regels blijven gelden. Meerwaarden hoeven daarentegen niet verplicht geboekt te worden, behalve wanneer het het herstel betreft van een vroeger geboekte uitzonderlijke minderwaarde (4). Wanneer het nut van

(1) Hierop dient alleen een uitzondering gemaakt te worden voor activa die volgens hun vervangingswaarde worden gewaardeerd en waarvan de waarde niet langer opgenomen hoeft te worden omdat zulks niet meer nodig is voor het behoud van het potentieel van de onderneming, en dus niet langer relevant is. Zie art. 35 e.v.

(2) Zie Rapport aan de Koning, B.S. 1976, p. 13461 en 13463.

(3) Zie K.B. 8 oktober 1976, art. 27 voor voorraden, art. 28 § 2 en 3 voor materiële en immateriële vaste activa, art. 29 § 2 voor financiële activa, art. 31 voor goederen in verwerking en werken in uitvoering; zie ook art. 35 c bij waardering volgens vervangingswaarde.

(4) Idem, art. 19, laatste lid; vgl. art. 34.

activa voor de onderneming als waarderingscriterium gekozen wordt, dienen de te boeken waardeschommelingen immers in functie daarvan beoordeeld te worden (1). Er dient evenwel rekening te worden gehouden met art. 18 van het K.B. 8 oktober 1976, waar gesteld wordt dat alle vermogensbestanddelen afzonderlijk geëvalueerd dienen te worden. Dit kan zo worden gelezen dat van elk vermogensbestanddeel de waarde voor de onderneming gekend dient te zijn. Maar het is ook mogelijk art. 18 zo te interpreteren dat van elk vermogensbestanddeel de waarde op zichzelf gekend moet zijn. In dit laatste geval dwingt art. 18 eerder volgens realisatiewaarde, of althans marktwaarde te waarderen. Die interpretatie is niet conform de geschetste optiek, maar zeker even logisch in het licht van art. 18. Omwille van de moeilijkheden bij het appreciëren van het nut van activa voor de onderneming, en de interpretatiemogelijkheden van art. 18, moet het worden betreurd dat de gevolgde methode niet moet worden toegelicht in de toelichting bij de jaarrekeningen.

185. - De waardering volgens actuele verkoopwaarde, of de realisatiewaarde, dient volgens het besluit alleen meegedeeld te worden door ondernemingen in vereffening (2). Toch moet hier terug verwezen worden naar de interpretatieproblemen rond art. 18 die in de vorige alinea werden vermeld. Wanneer een afzonderlijke waardering van activa geïnterpreteerd wordt als een waardering volgens hun actuele verkoopwaarde, of hun marktwaarde als benadering van die waarde, dan kan een benadering van deze waardering in principe teruggevonden worden in de jaarrekeningen in haast alle gevallen waarin deze lager is dan de aanschaffingswaarde, op grond van de bepalingen waarnaar in de vorige alinea verwezen werd. Wanneer de realisatiewaarde hoger ligt is het voor derden minder belangrijk over deze waardering te kunnen

(1) Zie ook, maar minder expliciet, art. 12 K.B. 8 oktober 1976.

(2) Idem, art. 40.

beschikken. Omdat ook de realisatiewaarde dikwijls moeilijk kan worden geraamd, moet ook vanuit dit criterium betreurd worden dat de gevolgde waarderingspolitiek niet toegelicht hoeft te worden.

186. - De vervangingswaarde hoeft niet vermeld te worden, maar aan de ondernemingen wordt wel de mogelijkheid geboden om materiële vaste activa en voorraden tegen hun vervangingswaarde te boeken. Het toepassingsgebied van deze optiemogelijkheid omvat de activa waarvoor deze waarderingsmethode relevant is. Deze regeling wordt bovendien aangevuld met de bepaling dat ondernemingen de aanschaffingswaarde van voorraden volgens de FIFO of volgens de LIFO methode kunnen berekenen. Ook bij een keuze voor de LIFO methode worden voorraden met een hoge omloopsnelheid immers vrijwel tegen hun vervangingswaarde gewaardeerd. Wanneer van deze optiemogelijkheid gebruik wordt gemaakt, kan de weerslag van de inflatie op een vrij bevredigende manier in de jaarrekeningen worden opgevangen (1). Zoals in het voorstel van vierde richtlijn betreft het evenwel slechts een optie. De regering heeft bewust het waarderen volgens vervangingswaarde niet willen opleggen omdat voor deze methode nog geen gevestigde doctrine beschikbaar is, en naar het oordeel van de regering ook in het buitenland de ervaring ontbreekt die toelaat de voor- en de nadelen van een dergelijke methode te beoordelen (2). Deze voorzichtigheid kan worden begrepen. Toch moet worden betreurd dat in het besluit haast elke aanwijzing ontbreekt over de wijze waarop de vervangingswaarde berekend dient te worden. De enige beschikbare aanwijzing is een passage die er op wijst dat de vervangingswaarde jaarlijks moet worden aan-

(1) Zie bijv. de eerder geciteerde bijdragen van KLAASSEN en TRAAS. Zie ook de bijdrage van J.A. COUTURIER, Fiscalité et Inflation, R.G.F. 1976, p. 226 e.v. en vnl. p. 229, 223 e.v.

(2) Rapport aan de Koning, B.S. 1976, p. 13462.

gepast aan de raming van de vervangingskosten die op dat ogenblik redelijk voorkomt (1). Wanneer voor een waardering volgens vervangingswaarde wordt geopteerd, blijft de vergelijkbaarheid van die jaarrekeningen met andere jaarrekeningen verzekerd door de verplichting ook het verschil met een waardering volgens de aanschaffingswaarde te boeken op de passiefzijde in alle gevallen waarin zulks relevant is (2).

B. Het voorstel voor een vierde richtlijn van de E.G.

187. De Commissie van de E.G. heeft voor een harmonisatie van de boekhoudingsregels in de Gemeenschap, een voorstel van richtlijn ingediend bij de Raad. De regering was evenwel van oordeel dat niet gewacht kon worden op het vaststellen van de vierde richtlijn over de jaarrekeningen dooo de Commissie van de Europese Gemeenschappen (3). Dit hoeft niet te verwonderen vermits enerzijds steeds dringender werd aangedrongen op een meer adequate regeling in België, en anderzijds het voorstel richtlijn in een eerste redactie al in 1971 door de Commissie werd voorgelegd aan de Raad. Zij acht het volgens het Rapport aan de Koning weinig waarschijnlijk dat het K.B. 8 oktober 1976 niet zou beantwoorden aan de richtlijn in haar definitieve vorm (4). In grote lijnen kan het besluit zeker worden beschouwd als een geanticipeerde aanpassing van het Belgisch recht aan de Europese harmonisatievoorstellen. Maar naast de verschillen in toepassingsgebied, waar al eerder op werd gewezen, moeten

(1) Zie art. 35 c.

(2) Zie voetnoot 68. Zie voor een meer gedetailleerde bespreking van de waarderingsregels waarin ook tal van problemen ter sprake komen die hier niet behandeld konden worden: O. VAN DER MEULEN, in een eerder geciteerde bijdrage, De jaarrekening van de ondernemingen, het ontwerp Koninklijk Besluit, l.c., p. 29 e.v., en ook P. KUYPER, l.c., p. 13 (zie voetnoot 38).

(3) Zie voor de herziene tekst van het voorstel van richtlijn: Bull. E.G., Suppl. 6/74. Zie Rapport aan de Koning, B.S. 19 oktober 1976, p. 13460.

(4) Idem. Dit zou trouwens strijdig zijn met één der doelstellingen van het voorstel van vierde richtlijn, met name de vergelijkbaarheid der jaarrekeningen. Zie hierover o.m. W. BUSSE VON COLBE, Vereinheitlichung des Jahresschlusses in der EWG, 2 ZGR 105, 107-108 (1973).

ook een aantal andere, soms kleine^{en} daarom misschien niet zo moeilijk vermijdbare, verschillen worden betreurd. Gelet op de recente Belgische regeling die wil anticiperen op de harmonisatie, lijkt het wenselijk het voorstel van richtlijn te behandelen vanuit de vergelijking met het K.B. van 8 oktober 1976.

188. In de tekst van het besluit valt al op dat de terminologie niet altijd overeenstemt met het voorstel van richtlijn: zo spreekt het besluit van resultatenrekening, terwijl in het voorstel van richtlijn sprake is van de winst- en verliesrekening, en wordt de bijlage bij de jaarrekening die voorzien is in het Europese voorstel, in het Belgische besluit de toelichting genoemd (1). Verder is er een divergentie tussen art. 8 van het besluit en art. 10 van het voorstel van richtlijn (2), en tussen art. 9 van het besluit en art. 4, 2° van het voorstel van richtlijn (3). Ook met het voorstel voor een tweede richtlijn over het kapitaal bestaat een verschilpunt tussen de regelingen inzake het aanhouden van eigen aandelen of deelbewijzen (4).

(1) De term 'toelichting' is besproken in het advies van de R.v.S., waar er op werd gewezen dat in de franse tekst de term 'annexe' wordt gebruikt zonder verwijzing naar het voorstel richtlijn. Zie B.S. 19 oktober 1976, p. 13465. Zie ook art. 10 W. 17 juli 1975 waar de term 'bijlage' gebruikt wordt. Zie verder: W. VANHORENBEECK, R.W. 1976-1977, kol. 877.

(2) Art. 8 voorziet dat een element van de activa of passiva dat tot meer dan één rubriek of onderrubriek kan behoren, vermeld moet worden onder de post die volgens de algemene beginselen uit art. 3 daartoe het meest aangewezen is. Volgens art. 10 van het voorstel van richtlijn dient bij de andere posten of in de toelichting vermeld te worden welke oplossing werd gekozen.

(3) Veranderingen van de voorziene benamingen van de rubrieken dienen volgens het voorstel van richtlijn in tegenstelling tot het besluit, toegelicht te worden in de toelichting bij de jaarrekeningen.

(4) Zie art. 13 K.B. 8 oktober 1976 en art. 20 voorstel tweede richtlijn, ingediend bij de Raad op 9 maart 1970, Publ. E.G., 24 april 1970, C 48/8. Zie ook art. C III 7 en art. 8 Pass. B 4 voorstel vierde richtlijn.

1) inzake het toepassingsgebied

189. Zoals eerder vermeld wordt het toepassingsgebied van de nieuwe regeling bepaald in de wet van 17 juli 1975. Daarbij moet worden opgemerkt dat het toepassingsgebied globaal ruimer is in de Belgische regeling, maar dat de categorie ondernemingen die ook aan de uitvoeringsbesluiten is onderworpen, niet overeenkomstig het voorstel van richtlijn werd omschreven. Het voorstel kent alleen een algemene regeling die van toepassing is op alle N.V.'s, commanditaire vennootschappen op aandelen en P.V.B.A.'s en een vereenvoudigde regeling waaraan art. 40 K.B. 8 oktober 1976 beantwoordt. Wil de Koning de Belgische regeling bij K.B. in overeenstemming brengen met het voorstel van richtlijn, dient Hij dus de in art. 12 W. 17 juli 1975 voorziene bevoegdheid om het toepassingsgebied van de uitvoeringsbesluiten te wijzigen, aan te wenden, door de daar vermelde grenzen op nul te brengen (1). De Koning heeft deze bevoegdheid nog niet aangewend.

2) inzake de inhoud en de vorm van de jaarrekeningen

190. Inzake de balans en de toelichting bij de balans kan op de volgende verschilpunten worden gewezen:

- uitstaande vorderingen tot volstorting van het geplaatst kapitaal, dienen aan de passiefzijde i.p.v. de actiefzijde vermeld te worden (2);
- immateriële vaste activa worden gespecificeerd in de toelichting i.p.v. in de balans (3);
- opstal-, erfpachtrechten, rechten uit leasingcontracten en andere gelijkaardige rechten, worden in een afzonderlijke rubriek vermeld (4);

(1) Zie ook J. STEENBERGEN, R.W. 1975-1976, kol. 761 en 762.

(2) Vgl. post nr. 2119 van het schema voor de balans in de bijlage bij het besluit (verder alleen met de mecanografische nummers aangeduid) met art. 8 Act. A voorstel vierde richtlijn (verder wordt alleen verwezen naar het balansschema in art. 8 van het voorstel van richtlijn. Art. 9 voorziet dezelfde rubrieken en verschilt alleen in voorstellingswijze

(3) (4) .../...

- de indeling van de rubrieken inzake vaste financiële activa, andere dan vorderingen op een deelneming in verbonden ondernemingen en ondernemingen waarmee een participatieverhouding bestaat, is in beide teksten verschillend (1);
- vorderingen op verbonden ondernemingen en ondernemingen waarmee een deelnemingsverhouding bestaat, worden niet onder dezelfde rubriek vermeld (2);
- de vlottende activa dienen volgens het voorstel van richtlijn meer gedetailleerd te worden weergegeven (3);
- de agio reserve wordt in de toelichting bij de oprichtingskosten i.p.v. op de passiefzijde vermeld (4);
- de voorzieningen worden inzake pensioenen onder een andere rubriek vermeld en verder ontleed in de toelichting i.p.v. op de balans (5);
- verplichtingen worden als schulden aangeduid waarbij schulden tegenover verbonden ondernemingen en ondernemingen waarmee een participatieverhouding bestaat, in de toelichting worden gespecifiëerd, en verplichtingen uit hoofde van wissel niet meegedeeld hoeven te worden (6).

(3) Vgl. post nr. 0299 en toelichting nr. 2 met art. 8 Act. C I voorstel vierde richtlijn.

(4) Vgl. posten nrs. 0309 en 0349 Toelichting sub 3 en bijlage Hoofdstuk II sub III A en B, met art. 13, 2° lid. Zie ook P. KUYPER, l.c., p. 13; GELDERS, in dezelfde publicatie, p. 23 en 19.

(1) Vgl. posten nrs. 0421 e.v. en art. 8 Act. C III 5 e.v. voorstel vierde richtlijn.

(2) Vgl. posten nrs. 0402 en 0412 met art. 8 Act. D II 2 en 3 voorstel vierde richtlijn.

(3) Vgl. post nr. 0849 en 0999 met art. 8 Act. D III voorstel vierde richtlijn.

(4) Vgl. Toelichting nr. 1 met art. 8 Pass. B 2 voorstel vierde richtlijn.

(5) Vgl. posten nrs. 2799 en 2829 en Toelichting nr. 11, met art. 8 Pass. D voorstel vierde richtlijn.

(6) Vgl. posten nrs. 2899 e.v. en Toelichting nr. 13 met art. 8 Pass. E. Zie ook voetnoot 38.

191. Inzake de resultatenrekening lopen beide teksten nog verder uit elkaar. Het besluit laat de keuze tussen twee schema's, één in staffelvorm en één in scontrovorm, waarin dezelfde gegevens beschikbaar worden gesteld. Het voorstel van richtlijn biedt ondernemingen de keuze tussen vier schema's die niet alleen inzake de voorstellingswijze maar ook inzake de mee te delen inlichtingen verschillen. Geen van deze schema's stemt evenwel overeen met de nieuwe Belgische regeling (1).

Ook voor de toelichting bij de jaarrekening (in de terminologie van het voorstel van richtlijn: de bijlage) bestaan verschilpunten buiten die waar al eerder op werd gewezen:

- het omzetcijfer hoeft niet te worden ontleed volgens soorten, categorieën van bedrijvigheid en geografische markten (2);
- de ontwikkeling van het personeelsbestand hoeft niet te worden vermeld (3);
- de in de resultaten verwerkte belastingen hoeven niet afzonderlijk te worden vermeld (4);
- de voordelen en bezoldigingen van beheerders dienen minder gedetailleerd te worden vermeld (5).

(1) Het schema voorzien in het besluit beantwoordt goed aan dat in art. 21 voorstel vierde richtlijn inzake de kosten of lasten zijde, maar verschilt toch op sommige punten in de indeling en de terminologie. De opbrengsten- of batenzijde verschilt grondig van het schema in art. 21 voorstel vierde richtlijn en beantwoordt beter aan dat in art. 23, behalve inzake de financiële resultaten die volgens de Belgische regeling deels in de toelichting worden gedetailleerd. Volgens het Rapport aan de Koning heeft de regering nochtans willen opteren voor het schema, voorgesteld in art. 20 van het voorstel vierde richtlijn, waar evenwel een sterk verschillende voorstellingswijze wordt voorzien. Zie B.S. 19 oktober 1976, p. 13461.

(2) Idem, art. 41, 6.

(3) Idem, art. 41, 7.

(4) Idem, art. 41, 8; zie ook art. 41, 9.

(5) Idem, art. 41, 9 en 10.

193. Het voorstel van vierde richtlijn voorziet, zoals het besluit, bepalingen over de mate waarin van de voorziene schema's afgeweken mag worden. Volgens art. 4, 1° lid dienen alle in het voorstel van richtlijn voorziene posten afzonderlijk te worden vermeld, maar mogen zij wel verder worden onderverdeeld. Alleen wanneer zij in functie van de algemene beginselen van ondergeschikte betekenis zijn, mogen sommige posten volgens het derde lid van dat artikel worden samengevoegd. Tenslotte, stelt het tweede lid van art. 4 dat van de voorgeschreven indeling alleen mag worden afgeweken voor sommige posten en alleen wanneer het bijzonder karakter van de onderneming het vereist en de afwijkende indeling een gelijkwaardig inzicht geeft en toegelicht wordt in de bijlage. Deze bepalingen lijken onvoldoende om de verschillen tussen beide regelingen te verantwoorden, omdat zij voortvloeien uit een algemene regeling in één van de lid-Staten, en niet verantwoord zijn omwille van de bijzondere kenmerken van een bepaalde onderneming.

3) inzake het jaaroverzicht

194. Afdeling 9 van het voorstel vierde richtlijn vraagt naast de jaarrekening en de daarbij behorende toelichting (bijlage), een jaaroverzicht op te stellen. Dit overzicht is nog niet voorzien in de Belgische regeling.

4) inzake de vereenvoudigde regeling

195. Ook het voorstel vierde richtlijn voorziet een meer beknopte publiciteitsregeling in art. 24 en 50. De Belgische regeling beantwoordt aan het voorstel van richtlijn inzake toepassingsgebied. Inzake de balans ontstaan geen nieuwe verschilpunten, en vallen zelfs sommige verschilpunten die in nr. 21 werden behandeld weg (1). Voor de resultatenrekening voorziet

(1) Verschilpunten die wegvallen: inzake de immateriële activa (zie p. 152, voetnoot 2); inzake de financiële vaste activa (zie p. 152, voetnoot 4); inzake de vlottende activa (zie p. 153, voetnoot 3); inzake de agio reserves (zie p. 153, voetnoot 4); inzake de verplichtingen (zie p. 153, voetnoot 6).

het voorstel van richtlijn een nog verdergaande samenvatting, waardoor voor ondernemingen die aan de beknopte publiciteitsplicht onderworpen zijn, de Belgische regeling aan het voorstel van richtlijn beantwoordt.

5) inzake de waarderingsregels

196. In grote lijnen stemt de in het besluit weerhouden waarderingsregeling overeen met de voorstellen in het voorstel van vierde richtlijn. Toch kan ook hier op een aantal verschilpunten worden gewezen:

- uitzonderlijke waardeverminderingen die alleen om fiscale redenen geboekt worden hoeven niet afzonderlijk te worden vermeld (1);
- uitzonderlijke waardeverminderingen van goederen in bewerking, werken in uitvoering, vorderingen, thesauriebeleggingen en beschikbare waarden, komen niet afzonderlijk tot uitdrukking (2);
- verschillen tussen een waardering van voorraden volgens de LIFO of de FIFO methode hoeven niet te worden vermeld (3);
- herwaardering wordt niet alleen voor de materiële maar ook voor de immateriële vaste activa voorzien (4);
- herwaarderingsreserves worden alleen geïndividualiseerd vermeld in de resultatenrekening en niet in een herwaarderingsreserve op de balans en de herwaarderingsreserves van financieel vaste activa kunnen alleen in de toelichting worden teruggevonden (5).

(1) Zie art. 33, 1, d.

(2) Vgl. art. 31 K.B. 8 oktober 1976 met art. 36 voorstel vierde richtlijn.

(3) Vgl. art. 33 K.B. 8 oktober 1976 met art. 37 voorstel vierde richtlijn.

(4) Vgl. art. 34 K.B. 8 oktober 1976 met art. 31 voorstel vierde richtlijn.

(5) Vgl. het schema van de balans, Passiva V, voor de resultatenrekening II A en III B, en voor de toelichting nr. 10 in bijlage bij het besluit, met art. 31 voorstel vierde richtlijn.

197. Deze verschilpunten kunnen normaal niet worden verantwoord op grond van de afwijkingen die het voorstel vierde richtlijn voorziet (1).

C. Het voorstel voor een zevende richtlijn van de E.G.

198. Inzake de concernjaarrekening diende de commissie op 4 mei 1976 een voorstel tot richtlijn in bij de Raad (2). In dit voorstel wordt een onderscheid gemaakt tussen afhankelijke of dominerende en geassocieerde ondernemingen (3). Dominerende ondernemingen waarvan de zetel zich binnen de gemeenschap bevindt dienen een geconsolideerde concernjaarrekening op te stellen waarin de boekhoudkundige gegevens verwerkt worden over de van hen afhankelijke ondernemingen die één van de in art. 6, lid 1, opgesomde rechtsnormen hebben aangenomen (4). Eenzelfde verplichting rust op de concernondernemingen in horizontale concerns wanneer een van de betrokken ondernemingen één van de in art. 6, lid 1, vermelde rechtsvormen heeft aangenomen (5). Een geconsolideerde deelconcernjaarrekening dient opgesteld te worden door een afhankelijke onderneming met zetel in de gemeenschap, betreffende de ondernemingen die op hun beurt van die onderneming afhangen. Afhankelijke ondernemingen met zetel in de gemeenschap, wanneer de dominerende onderneming haar zetel

(1) Zie art. 31, 2° lid voorstel vierde richtlijn.

(2) Zie Suppl. Bull. 9/76.

(3) Zie art. 1-4. Zie verder voetnoot onder nr. 173.

(4) Art. 6, lid 2 a.

(5) Art. 7.

buiten de gemeenschap heeft, zijn onderworpen aan dezelfde regel, zelfs wanneer zij zich tegenover de dominerende onderneming in eenzelfde trap van afhankelijkheid bevinden (1). De geografische rijkwijdte van deze regeling is vrij complex en enigszins bevreemdend. Uit het verschil in formulering tussen art. 6, lid 1 enerzijds en art. 6, lid 2 sub a en sub b, vnl. 2° alinea anderzijds, volgt dat wanneer de dominerende concernonderneming haar zetel heeft in de gemeenschap, de concernjaarrekening alleen betrekking heeft op ondernemingen die opgericht werden naar het recht van de lid-Staten. Deelconcernjaarrekeningen dienen daarentegen ook betrekking te hebben op afhankelijke ondernemingen met zetel in de gemeenschap ongeacht hun rechtsvorm, en op alle door hen gedomineerde vennootschappen, ongeacht hun rechtsvorm en de plaats van hun zetel. Het is verrassend dat de boekhoudingsverplichtingen minder zwaar zijn voor concerns met een centrale zetel in de gemeenschap (2). Voor zogeheten nevenschikkingsconcerns is wel bepaald welke ondernemingen gehouden zijn tot het opstellen van de concernjaarrekening, maar niet op welke ondernemingen zij betrekking moeten hebben. Wellicht geldt hier ook de in art. 6, 2° lid sub b in de 2° alinea geschetste regeling en dient de jaarrekening de gegevens te verwerken van alla nevengeschikte ondernemingen in de gemeenschap, en alle door hen gedomineerde ondernemingen, ongeacht de plaats van hun zetel.

199. Op de concernjaarrekening zijn in grote trekken de regels van toepassing die voorgesteld werden in het ontwerp voor een vierde richtlijn. Belangrijk is vooral dat alle afwijkingen van het eenvormig waarderingssysteem, de namen van de in de consolidatie opgenomen concernondernemingen en de volgens geëigende regels verwerkte geassocieerde ondernemingen, de

(1) Art. 6, lid 2 b.

(2) Deze regeling lijkt ook in tegenspraak met de op p. 26 van de toelichting geformuleerde objectieven.

externe financiële verplichtingen van het concern, de per produkt opgesplitste netto-omzetcijfers, en de ontwikkeling van het personeelsbestand in bijlage moeten worden vermeld (1). In principe dient de concernjaarrekening evenwel alleen door de dominerende concernonderneming openbaar te worden gemaakt (2).

D. OESO gedragscode voor multinationale ondernemingen

200. De regeringen van de lid-Staten van de OESO gaven in een gemeenschappelijke verklaring van 21 juni 1976 richtlijnen uit voor multinationale ondernemingen. Deze verklaring voorziet in een hoofdstuk over de openbaarmaking van gegevens en verplichting van ten minste éénmaal per jaar gegevens te publiceren over de structuur van de groep, de exploitatieresultaten, opgesplitst naar geografische gebieden en activiteitstakken, de herkomst van de financiële middelen, het tewerkstellings-, research- en prijzenbeleid, en de gevolgde boekhoudingstechnieken. Deze regels zijn niet rechtstreeks in rechte afdwingbaar. In OESO verband kan alleen van gedachten worden gewisseld over de interpretatie ervan (3). Maar toch mag worden gehoopt dat zij zullen bijdragen tot het interpreteren van de begrippen behoorlijk of onrechtmatig gedrag in het recht van de lid-Staten.

(1) Zie art. 14, 2° lid; art. 15 en art. 20.

(2) Art. 24.

(3) Besluit van de Raad inzake intergoevernementele overlegprocedures betreffende richtlijnen voor multinationale ondernemingen.

E. Besluit

201. Samenvattend kan worden besloten dat vooral drie waarderings teruggevonden moeten kunnen worden in de jaarrekeningen: de vervangingswaarde, de realisatiewaarde, en de historische kostprijs. De waardering van activa volgens hun nut voor de onderneming lijkt meestal samen te vallen met één van deze drie. Ofwel is het object pas aangeschaft, en dan is er geen ander uitgangspunt dan de kostprijs of de realisatiewaarde; ofwel wil men de vervanging ervan budgettair voorbereiden, en dan biedt alleen een waardering volgens vervangingswaarde voldoende waarborgen; ofwel moet het als afgeschreven worden beschouwd, en dan blijft er alleen de residu- of realisatiewaarde. Of de jaarrekeningen in België de vervangingswaarde als uitgangspunt kiezen, is afhankelijk van de beslissing van ondernemingen al dan niet gebruik te maken van de door het K.B. van 8 oktober 1976 geboden optiemogelijkheden. De historische kostprijs kan, zoals eerder gesteld, in vrijwel alle relevante gevallen gekend zijn. Of ook een benadering van de realisatiewaarde in de jaarrekening kan worden teruggevonden, is afhankelijk van de interpretatie die men geeft aan art. 18 van het vermelde besluit. In de moderne boekhoudingstendensen krijgt een waardering van de onderneming als going concern, dus als één functionele eenheid, zeker meer aandacht dan een waardering waarin de onderneming gezien wordt als het verschil tussen de som van haar bezittingen en de som van haar passiva. Om de eerder vermelde redenen rijst evenwel de vraag of een waardering vanuit het nut van activa voor ondernemingen als afzonderlijk waarderingscriterium, niet tot een boekhoudkundig beeld leidt dat halverwege blijft hangen tussen de nieuwe en de traditionele benadering. Hiermee wordt niet betwijfeld dat het ook voor schuldeisers belangrijker kan zijn een onderneming op haar rendement te beoordelen dan op haar realisatiewaarde. De vraag is integendeel zoals vermeld, of het rendement beoordeeld kan worden vanuit een andere waardering dan die volgens de vervangingswaarde. En eens de gegevens beschikbaar zijn voor een globale rendementsbeoordeling van de onderneming als going concern, lijkt het vooral belangrijk dat als tegenproef afzonderlijke activa beoordeeld kunnen worden op hun waarde

als verhaalsobject. Daarmee wachten tot de onderneming in vereffening is, betekent dat de jaarrekeningen niet langer gebruikt kunnen worden om vast te stellen wanneer een vereffening moet worden overwogen.

§ 4. Verspreiding van de jaarrekeningen

A. Aandeelhouders

202. Vermits de jaarrekeningen de aandeelhouders van een onderneming de vereiste gegevens dienen te verstrekken voor het beoordelen van het beheer van de onderneming en het voeren van een verantwoorde winstverdelingspolitiek, dienen zij vóór de algemene vergadering over deze stukken te beschikken. Het vennootschapsrecht voorziet terzake alleen een regeling voor N.V.'s (1), P.V.B.A.'s (2) en de commanditaire vennootschappen op aandelen (3). Voor de coöperatieve vennootschappen is een dergelijke regeling niet voorzien. Artikel 158 Venn.W. legt het beheer van een coöperatieve vennootschap in de paragraaf betreffende de maatregelen in het belang van derden alleen op jaarlijks een inventaris op te stellen overeenkomstig art. 77 Venn.W. Het voorstel van een vierde richtlijn zal hierin geen wijziging brengen vermits het alleen de N.V.'s en de P.V.B.A.'s betreft (4).

203. Voor deze regeling zouden ook in het Belgische ontwerp geen ingrijpende wijzigingen worden overwogen. Wel wordt een uitbreiding van het toepassingsgebied tot andere vennootschappen niet uitgesloten geacht. Een duidelijke gemakkelijker

(1) Art. 78 Venn.W. Zie ook Ch. del MARMOL, R.P.S. 1957, p. 10 e.v., waar de auteur betreurt dat het overigens dikwijls bijzonder lakonieke verslag van de beheerders niet ter beschikking van de aandeelhouders hoeft gesteld te worden.

(2) Art. 137-178 Venn.W.

(3) Art. 107 Venn.W.

(4) Zie art. 1.

beschikbaarheid van niet-goedgekeurde jaarrekeningen lijkt ook moeilijk te organiseren zonder deze stukken ook toegankelijk te maken voor buitenstaanders, wat moeilijk opgelegd kan worden (1).

B. Werknemers : zie afdeling II.

C. Geïnteresseerden die geen deel uitmaken van de onderneming

204. Voor de N.V. (2) en de commanditaire vennootschap op aandelen (3) draagt de vennootschapswetgeving de beheerders op de balans en de verlies- en winstrekening, samen met de namen en enkele andere gegevens betreffende de beheerders commissarissen en commissaris-revisor, en de besluiten van de algemene vergadering over de winstverdeling, binnen de 30 dagen na de goedkeuring bekend te maken (4). Volgens art. 10, §1 dienen deze stukken neergelegd te worden op de griffie van de rechtbank van koophandel van het gebied waarin de vennootschap haar maatschappelijke zetel heeft. Voor buitenlandse vennootschappen gebeurt dit in het gebied waar de vennootschap haar bijkantoor of bedrijfszetel in België heeft, of bij ontbreken daarvan, op de griffie van een rechtbank van koophandel naar keuze (5). De bekendmaking dient dan binnen de 15 dagen na het neerleggen, op verantwoordelijkheid van de daarmee belaste ambtenaren, in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad (6) te gebeuren. Op de griffie van de rechtbank van koophandel worden deze stukken voor handelsvennootschappen neergelegd in een afdeling van het voor elk van deze vennootschappen overeenkomstig art. 2 K.B. 18 augustus 1964 tot uitvoering van de op 20 juli 1964 gecoördineerde wetten betreffende het handelsregister (7).

(1) Zie titel hoofdstuk III van het voorontwerp.

(2) Art. 80 Venn.W.

(3) Art. 107, art. 80 Venn.W.

(4) Art. 80 venn.W. verwijst naar art. 10.

(5) Zie over de problemen die deze regeling veroorzaakt, verder nr. 143 en ook J. STEENBERGEN, R.W. 1975-76, kol. 825.

(6) Art. 10, §3 en art. 12, §1, 1°.

(7) B.S., 15 augustus 1964.

aan te leggen dossier (1). Iedereen kan kosteloos inzage krijgen van de stukken die in het dossier zijn neergelegd. Op schriftelijke aanvraag kunnen zij ook zonder andere kosten dan de griffiekosten, eensluidend verklaarde afschriften van deze stukken verkrijgen (2). De afdelingen van het vennootschapsdossier waarin deze stukken worden opgenomen, dragen hetzelfde nummer als het inschrijvingsdossier bij het handelsregister (3). Het is daarom niet zonder belang voor de toegankelijkheid van jaarrekeningen, dat alle akten, facturen, aankondigingen, brieven, orders en andere stukken die uitgaan van een N.V. en een commanditaire vennootschap op aandelen (4), het inschrijvingsnummer in het handelsregister moeten vermelden met de rechtbank van koophandel in wiens rechtsgebied een inschrijving werd genomen (5). Tenslotte moet voor de N.V. en de commanditaire vennootschap op aandelen nog worden vermeld dat zo in de akten waarin het inschrijvingsnummer in het handelsregister vermeld moet worden, ook het kapitaal wordt vermeld, het opgegeven bedrag nooit hoger mag zijn dan het netto actief zoals vermeld in de laatste balans (6).

205. Voor de coöperatieve vennootschap en de P.V.B.A. geldt een enigszins andere regeling (7). Hun jaarrekeningen dienen ook neergelegd te worden in het vennootschapsdossier op de griffie van de rechtbank van koophandel (8). Zij kunnen

(1) Art. 10, §2 Venn.W.

(2) Art. 10, §2, 3° en 4° lid. Zie over de openbaarmaking verder: J. RONSE, De vennootschapswetgeving 1973, Gent 1973, p. 14, nr. 24 e.v. en p. 38, nr. 76 e.v.

(3) Art. 2, 2° lid, K.B. 7 augustus 1973.

(4) Art. 81, 82 en 114 Venn.W.

(5) Zie hierover J. RONSE, Vennootschapswetgeving 1973, p. 46, nr. 94 e.v.

(6) Art. 81 en 114 Venn.W. Zie verder: J. RONSE, o.c., p. 48, nr. 100 e.v.

(7) Zie art. 137 en 161 Venn.W.

(8) Art. 12 Venn.W., §3, 3° waarin verwezen wordt naar de vorige artikelen waardoor de bij de N.V. in de vorige alinea besproken bepalingen van art. 10, §2 dus van toepassing zijn. Art. 137 spreekt evenwel alleen van belanghebbenden. Zie hierover verder: J. RONSE, o.c., p. 17, nr. 30.

door iedereen worden geraadpleegd. Deze akten hoeven evenwel niet gepubliceerd te worden in het Belgisch Staatsblad. Een mededeling van het neerleggen volstaat (1). Voor de P.V.B.A. gelden bovendien dezelfde bepalingen als voor de N.V. en de commanditaire vennootschap op aandelen inzake de vermelding van het inschrijvingsnummer in het handelsregister en de vereiste van kapitaalwaarheid bij vermeldingen van het kapitaal (2). Voor de coöperatieve vennootschap gelden deze bepalingen niet, wat niet belet dat art. 39 van de gecoördineerde wetten op het handelsregister (3) ook hen oplegt hun inschrijvingsnummer in alle akten, facturen, brieven, enz. te vermelden.

206. Voor een eventuele hervorming van het Belgisch vennootschapsrecht wordt een eenvormige regeling voor de N.V., P.V.B.A., vennootschap met veranderlijk kapitaal en de coöperatieve vennootschap overwogen voor het neerleggen van de jaarrekeningen en stukken die uitgaan van de onderneming. De bekendmaking in het Belgisch Staatsblad zou alleen worden opgelegd aan N.V.'s en vennootschappen met veranderlijk kapitaal die een publiek beroep deden op de kapitaalmarkt. Het is nog niet duidelijk of deze beperking alleen voor vennootschappen met veranderlijk kapitaal zouden gelden of ook voor N.V.'s (4).

207. Het ontwerp voor een vierde richtlijn betreffende de jaarrekeningen zal geen wijzigingen in de mededelingsregeling van jaarrekeningen voor de N.V. noodzakelijk maken. Voor een P.V.B.A. voorziet het ontwerp evenwel in principe dezelfde regeling als voor de N.V., wat een integrale publicatie van de jaarrekeningen impliceert (5). De lid-Staten

(1) Zie art. 12, §3, laatste lid; J. RONSE, o.c., p. 39, nr. 78.

(2) Zie art. 138 en 138bis Venn.W. en J. RONSE, o.c., p. 46, nr. 94 e.v.

(3) K.B. 20 juli 1964.

(4) Art. 513 van het voorontwerp.

(5) Art. 50, 1°, art. 44, 1 en 2, toelichting p. 60.

kunnen hen evenwel toestaan een meer beknopte balans en verlies- en winstrekening te publiceren indien hun activa, omzet en personeelsaantal beneden bepaalde grenzen blijft (1).

§ 5. Rechtsmiddelen tot het afdwingen van de regeling inzake jaarrekeningen

208. In deze alinea zullen alleen de middelen worden onderzocht die voor alle belanghebbenden openstaan.

209. De aandeelhouders beschikken over bijkomende mogelijkheden om aanvullende inlichtingen over de toestand van de onderneming te verkrijgen of om aan te dringen op wijzigingen in de jaarrekeningen als leden van de algemene vergadering die de jaarrekeningen dient goed te keuren (2). Voor de coöperatieve vennootschap bepaalt art. 161 Venn.W. dat de jaarrekeningen na goedkeuring neergelegd moeten worden op de griffie van de rechtbank van koophandel, zonder te bepalen dat de algemene vergadering de jaarrekening dient goed te keuren. De algemene vergadering hoeft trouwens niet jaarlijks samen te komen. De aandeelhouders in een coöperatieve vennootschap genieten dus geen andere bescherming dan de belanghebbenden die geen deel uitmaken van de onderneming (3). De bescherming die de aandeelhouders in N.V.'s, P.V.B.A.'s en commanditaire vennootschappen op aandelen ontleen kunnen aan de bepalingen betreffende de wijze van samenroepen en de besluitvorming in de algemene vergadering, kan hier niet verder worden besproken.

(1) Zie art. 50, 2° en art. 24, toelichting p. 48 en 64.

(2) Voor de N.V., art. 79 Venn.W.; voor de commanditaire vennootschap op aandelen, art. 109-179 Venn.W.; voor de P.V.B.A., art. 137-179 Venn.W.

(3) Zie ook verspreiding jaarrekeningen, aandeelhouders.

210. Indien de beheerders of zaakvoerders van een N.V., P.V.B.A. of commanditaire vennootschap op aandelen, nalaten de algemene vergadering samen te roepen, en de aandeelhouders dus zelfs niet de gelegenheid geven om vragen te stellen over de toestand van de onderneming, kunnen de aandeelhouders die een vijfde van het kapitaal vertegenwoordigen om bijeenroeping van de algemene vergadering verzoeken (1). Indien de beheerders en zaakvoerders niet binnen de drie weken na dit verzoek de algemene vergadering hebben bijeengeroepen zijn zij strafbaar overeenkomstig art. 201, 5° Venn.W. Vermits zij ook strafbaar zijn indien zij de balans en verlies- en winstrekening niet binnen de 12 maanden na het afsluiten van het boekjaar voorleggen aan de algemene vergadering (2), kan het Openbaar Ministerie 12 maanden na het afsluiten van het boekjaar steeds vervolging instellen (3).

A. Controle op de jaarrekeningen voor de openbaarmaking

1) organisatie van de controle

a) controle door de algemene vergadering en door het orgaan van toezicht

211. Zoals uit de vorige alinea blijkt dienen de jaarrekeningen voor een N.V., een commanditaire vennootschap op aandelen en een P.V.B.A. vóór hun publicatie goedgekeurd te worden door de algemene vergadering. Dit houdt reeds een mogelijkheid tot controle op de jaarrekeningen in. In hoeverre de algemene vergadering in de praktijk aandringt op aanvullingen of correcties van jaarrekeningen kan moeilijk worden onderzocht. Het belang van dit controlerecht voor buitenstaanders is wellicht eerder gering omdat zelfs indien de aandeelhouders bij-

(1) Art. 73 Venn.W.

(2) Art. 201, 3° quater.

(3) Zie J. RONSE, o.c., p. 224, nr. 428.

komende inlichtingen wensen, zij met een mondelinge toelichting genoeg kunnen nemen. Belangrijker lijkt daarom het controlerecht van de commissarissen en vooral van de commissarissen-revisor.

b) ondernemingen waarin commissarissen moeten worden benoemd

212. In de N.V. dient de algemene vergadering een of meer commissarissen aan te duiden die belast zijn met het toezicht op de onderneming (1). Indien zij gekozen worden onder de leden van het Instituut voor Bedrijfsrevisoren, voeren zij de titel van commissaris-revisor (2). Vennootschappen die een publiek beroep doen op de kapitaalmarkt dienen ten minste een commissaris-revisor te benoemen (3). Dezelfde bepalingen gelden voor de commanditaire vennootschap op aandelen waar het toezicht evenwel aan ten minste drie commissarissen of commissarissen-revisoren moet worden toevertrouwd (4). In de P.V.B.A. dienen slechts commissarissen aangesteld te worden wanneer de vennootschap meer dan vijf vennoten telt. In de P.V.B.A. met niet meer dan vijf vennoten, hebben alle vennoten evenwel de onderzoeksrechten van de commissarissen (5). Voor andere vennootschappen en (private) ondernemingen met een andere rechtsvorm bestaat geen wettelijke regeling voor het toezicht op de onderneming en de jaarrekeningen voor publicatie (6).

213. Er wordt overwogen de regeling betreffende de N.V. zo te wijzigen dat commissarissen altijd uit de leden van het Instituut voor Bedrijfsrevisoren moeten worden gekozen (7). Ook voor de coöperatieve vennootschap wordt het opleggen van het voorzien van commissarissen overwogen.

(1) Art. 64 Venn.W.

(2) Art. 64bis, §1 Venn.W.

(3) Art. 64bis, §2 Venn.W., waarin een uitzondering gemaakt wordt voor de banken en andere vennootschappen waarop de bijzondere regeling van het K.B. nr. 189 van 9 juli 1935 (B.S. 10 juli 1935) van toepassing is.

(4) Art. 107 en 110 Venn.W.

(5) Art. 134 Venn.W.

(6) (7) .../...

214. Het voorstel voor een vijfde richtlijn van de Raad (...) met betrekking tot de structuur van de N.V. (...) (1), voorziet dat alleen onafhankelijke personen die door een rechterlijk of administratief orgaan zijn aangewezen of erkend, met de controle op de jaarrekeningen mogen worden belast. Art. 49 van het ontwerp vierde richtlijn vraagt de lid-Staten in principe alle P.V.B.A.'s te verplichten om hun jaarrekeningen te laten controleren door iemand die daartoe volgens het nationale recht bevoegd is. De lid-Staten kunnen de vennootschappen waarvan de activa, de omzet en het personeelsaantal bepaalde grenzen niet overschrijdt, van deze verplichting ontheffen (2). Uit deze regeling volgt dat P.V.B.A.'s ook na aanpassing van het Belgisch recht aan de ontworpen richtlijn geen commissarissen-revisoren zullen hoeven aan te stellen (3).

c) benoemingsvoorwaarden en -procedure voor
commissarissen

215. De commissarissen en commissarissen-revisoren worden in de N.V. en de commanditaire vennootschap op aandelen benoemd door de algemene vergadering. Hun mandaat mag niet langer dan 6 jaar duren, en voor revisoren niet minder dan 3 jaar. De algemene vergadering kan hen altijd ontslaan (4). Indien het aantal commissarissen door overlijden of om andere

(6) Zie voor een beknopt rechtsvergelijkend overzicht, o.a.: G. KEUTGEN en M. HUYS, Vers la réforme du revisorat, Rev. Banque 1973, p. 18 e.v.

(7) Zie bijv. G. KEUTGEN en M. HUYS, o.c., Rev. Banque 1973, p. 20.

(1) Pb. E.G., C 13 december 1972, art. 52.

(2) Art. 49, 2°, toelichting p. 64.

(3) Zie voor een bespreking o.a. G. KEUTGEN en M. HUYS, o.c., Rev. Banque 1973, p. 21. Wanneer de term "iemand die volgens het nationale recht bevoegd is voor het controleren van jaarrekeningen" geïnterpreteerd dient te worden volgens de regeling die thans geldt voor de P.V.B.A., betreft het ontwerp alleen een uitbreiding van de verplichting tot het aanstellen van commissarissen, maar niet de verplichting een commissaris-revisor aan te stellen.

(4) Art. 64 en 107 Venn.W.

redenen tot minder dan de helft verminderd is, of er geen commissarissen-revisoren meer zijn in een vennootschap waarin zulks verplicht is, dient de raad van beheer onmiddellijk een algemene vergadering samen te roepen om in die vacature te voorzien (1). De vergoedingen van de commissarissen moeten bestaan uit een vast bedrag dat door de algemene vergadering wordt bepaald bij de aanvang van hun mandaat, maar met instemming van beide partijen kan worden gewijzigd. De vennootschap mag hen geen enkel ander voordeel toekennen, geen leningen of voorschotten toestaan en geen waarborgen stellen in hun voordeel (2). Om de onafhankelijkheid van de commissarissen te bevorderen bepaalt art. 64 quater een onverenigbaarheid voor commissarissen met om het even welke andere functie in de vennootschap. Onbekwaam tot het vervullen van de functie van commissaris-revisor zijn volgens art. 64 quinquies de echtgenoot en opgesomde bloed- of aanverwanten van beheerders of bestuurders van de gecontroleerde vennootschap, en al wie bediende is geweest van de vennootschap tenzij hij ten minste drie jaar niet meer in haar dienst werkt. Wie commissaris-revisor geweest is, kan in die vennootschap ook geen beheerder of bestuurder worden benoemd in de drie jaar na het verstrijken van het mandaat of het ontslag (3). Voor de P.V.B.A. gelden geen bijzondere bepalingen over de aanstellingswijze, onverenigbaarheden en onbekwaamheden (4).

216. Overwogen wordt de onverenigbaarheid met andere functies in de vennootschap en de onbekwaamheid om binnen de drie jaar na het neerleggen van de functie van commissaris-revisor tot beheerder of bestuurder te worden benoemd, uit te breiden tot dochtermaatschappijen van deze laatste. Bij een eventuele herziening van de vennootschapswet zou ook worden

(1) Art. 64bis, §2, laatste lid Venn.W.

(2) Art. 64ter Venn.W.

(3) Art. 64quinquies Venn.W.

(4) Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht: M. KEUTGEN en G. HUYS, Rev. Banque 1973, p. 32 e.v.

bepaald dat de algemene vergadering commissarissen alleen om dringende redenen kan ontslaan. Een mogelijke beperking van de duur van een mandaat tot één jaar zou het belang van de voorgaande wijziging voor de onafhankelijkheid van de commissarissen nochtans sterk relativeren (1).

217. Het ontwerp van een vijfde richtlijn betreffende de structuur van de N.V. voorziet inzake de aanstellingswijze, onverenigbaarheden en onbekwaamheden een regeling die in grote trekken overeenstemt met het nu geldende Belgisch recht (2). Belangrijk is nochtans dat dit ontwerp een verplichting voor de lid-Staten voorziet om hun wetgeving zo te wijzigen dat commissarissen voor het verstrijken van de termijn van ten minste drie en maximum vier jaar waarvoor zij zijn aangesteld, alleen wegens gewichtige redenen kunnen worden ontslagen (3). Het ontwerp houdt ook uitdrukkelijk rekening met de mogelijkheid om vennootschappen tot commissaris te benoemen.

d) bevoegdheid van de commissarissen

218. De commissarissen hebben een onbeperkt recht van toezicht en van controle op al de handelingen van de vennootschap. De vennootschap dient hen daartoe zonder verplaatsing inzage te geven van alle boeken, briefwisseling, processen-verbaal, enz., en ten minste ieder semester een overzicht te bezorgen van de activa en passiva (4). De beheerders moeten de balans, verlies- en winstrekening en een algemeen jaarverslag ten minste één maand vóór de algemene vergadering

(1) Art. 114 e.v. van het voorontwerp.

(2) Zie art. 53 e.v.

(3) Art. 61 en 55, 3°.

(4) Art. 65 Venn.W. voor de N.V.

overmaken aan de commissarissen (1). De commissarissen brengen over de jaarrekeningen en de wijze waarop zij hun toezicht uitgeoefend hebben verslag uit bij de algemene vergadering. Indien een vennootschap commissarissen en commissarissen-revisoren aangesteld heeft dienen deze afzonderlijk verslag uit te brengen (2). De commissarissen mogen zich laten bijstaan door een deskundige. Deze moet aanvaard worden door de vennootschap. Wanneer de vennootschap de deskundige die de commissarissen voorstellen, niet aanvaardt, kunnen de commissarissen de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel in een aan de vennootschap met dagvaarding betekend verzoekschrift, vragen een deskundige aan te stellen. De voorzitter hoort de partijen in zijn kabinet en doet uitspraak in openbare zitting. Deze beslissing die niet betekend hoeft te worden, is niet vatbaar voor beroep (3). Dezelfde regeling geldt in de commanditaire vennootschap (4) en de P.V.B.A. (5).

219. Overwogen wordt de taak van de commissarissen nader te omschrijven, en hen met name op te dragen wijzigingen in de gevolgde waarderingmethoden te appreciëren en de gegevens waarover zij beschikken te verifiëren (6). Belangrijk voor de ontwikkeling van de opdracht van de commissarissen, is evenwel de versterkte tendens om de opdracht van het orgaan van toezicht uit te breiden, en in een zgn. dualistische vennootschapsstructuur een duidelijker onderscheid te maken tussen de organen van bestuur en van toezicht. De raad van toezicht is dan naar Duits en Nederlands voorbeeld, niet alleen bevoegd om de jaarrekeningen te controleren, maar dient ook zijn goedkeuring te hechten aan belangrijke beslissingen (6).

(1) Art. 77, 5° lid Venn.W.

(2) Art. 65, 3° lid Venn.W.

(3) Art. 64, 7° lid Venn.W.

(4) Art. 107 Venn.W.

(5) Art. 134 Venn.W.

(6) Zie art. 96, §2 Belgisch voorontwerp, art. 12 voorstel voor een vijfde richtlijn, en art. 66 voorstel voor het statuut van een S.E.

Zie verder met een rechtsvergelijkend overzicht: Comm. E.G., Medezeggenschap van werknemers en structuren van de vennootschap, Bull. E.G., Suppl. 8/75, p. 13 e.v. en p. 18 e.v.

e) effectiviteit van het toezicht door de commissarissen

220. Een overlopen van de bevoegdheden van commissarissen laat vermoeden dat een eventueel gebrek aan effectiviteit van de controle eerder aan een gebrek aan onafhankelijkheid of deshondigheid van de commissarissen dan aan een te beperkte bevoegdheid zal moeten worden toegeschreven. In dit opzicht biedt het toevertrouwen van het toezicht aan leden van het Instituut voor Bedrijfsrevisoren duidelijk grotere waarborgen. De toelatingsvoorwaarden tot het Instituut waarborgen een adequate vorming (1). De onverenigbaarheden die gelden voor revisoren en het tuchtrechtelijke toezicht van het Instituut bieden bijkomende garanties voor hun onafhankelijkheid (2).

221. Art. 3 van de wet van 22 juli 1953 draagt hen het verbeteren (redressement), nazien (vérification) en waarmerken (certification) van de juistheid (exactitude) en echtheid (sincérité) van alle boekhoudkundige stukken op. In het licht van de betekenis die tijdens de voorbereidende besprekingen aan deze woorden werd gehecht is vooral de verificatieopdracht belangrijk (3). De opdracht de juistheid en de echtheid van boekhoudingsstukken te waarmerken (certification) veronderstelt wel een voorafgaandelijke verificatie door de

(1) Zie art. 4 W. 22 juli 1953, houdende oprichting van een Instituut der Bedrijfsrevisoren, B.S. 2 september 1953, en als commentaar Centre d'Etudes des Sociétés, Les reviseurs d'entreprise, Brussel 1953, p. 47 e.v. Inzake de stage: het K.B. 24 juli 1957, B.S. 22 maart 1957, tot vaststelling van het stagereglement.

(2) Zie art. 7 en 19 e.v. W. 21 juli 1953 en K.B. 16 maart 1957, B.S. 22 augustus 1957, tot vaststelling van het tuchtreglement. In dit verband wekt het verwondering dat juist voor commissarissen de door de vennootschapswet opgelegde onbekwaamheden minder streng zijn dan voor commissarissen-revisoren. Commissarissen mogen immers wel echtgenoot, bloed- of aanverwant in rechte linie of de zijlinie tot de 4° graad van een der beheerders zijn (zie 64 quater Venn.W.). Zie voor een rechtsvergeleijkend overzicht i.v.m. maatregelen ter bescherming van de onafhankelijkheid van revisoren: M. KEUTGEN en G. HUYS, Rev. Banque 1973, p. 32-42.

(3) Zie hierover Centre d'Etudes des Sociétés, Les reviseurs d'entreprises, p. 35 e.v. Zie ook J. ROCHETTE, Rev. Banque 1974, p. 623 e.v. voor de interpretatie door het Instituut van Bedrijfsrevisoren van deze opdracht, en p. 620 e.v. over het bepalen van algemene normen waarvan de revisoren de naleving dienen te bevorderen, met vermelding van beslissingen .../...

revisor, maar laat hem slechts toe zijn besluit mee te delen, d.i. of hij de stukken ja dan neen juist en echt acht (1). Het verifiëren veronderstelt én een controle van de juistheid van de opgegeven cijfers, én - wat daar trouwens nauw mee samenhangt - een appreciëren van de waarderings- en voorstellingsmethode, of in het algemeen van de wijze waarop de jaarrekeningen de economische werkelijkheid weerspiegelen.

222. Dit laatste is van bijzonder belang om na te gaan in hoeverre de jaarrekeningen voor hun diverse functies als een betrouwbaar instrument kunnen worden geconsulteerd (2). De mate waarin het verslag verheldering brengt, is op zijn beurt afhankelijk van de omvang van de opdracht van de commissarissen. Wanneer zij niet de opdracht hebben de waarderings- en voorstellingswijze te appreciëren, brengt immers ook het verslag - dat zowel de commissarissen als de commissarissen-revisoren voor moeten leggen aan de algemene vergadering (3) - geen informatie over de gevolgde waarderingsmethode. Commissarissen zijn alleen gehouden tot de in algemene termen gestelde

(3) ./ van het Instituut en een mooi voorbeeld van de voordelen die het verder uitwerken van de opdracht van de commissarissen-revisoren biedt, het zorgvuldig gemotiveerde vonnis van de rechtbank van koophandel Charleroi, 12 oktober 1976, R.P.S. 1976, p. 143 e.v. en vnl. p. 149.

(1) Zie Les reviseurs d'entreprises, p. 37.

(2) Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht o.a. M. KEUTGEN en G. HUYS, Rev. Banque 1973, p. 22 e.v. Daaruit blijkt een groot parallelisme tussen de opdracht van bedrijfsrevisoren en hun buitenlandse collega's. Een belangrijk onderscheid is nochtans dat in Duitsland de revisor niet tot een middelverbintenis, maar tot een resultaatverbintenis is gehouden: J. ROCHETTE, Rev. Banque 1974, p. 624 e.v.

(3) Art. 65, 3° lid Venn.W.

toezichts- en controleopdracht voorzien in art. 65 Venn.W., vermits de explicitering van de opdracht als een opdracht tot certificeren en verifiëren behoort tot het beroepsrecht van de revisoren dat alleen aan commissarissen-revisoren kan worden tegengesteld.

223. Dit probleem wordt, zoals verder nog wordt herhaald, verscherpt door het feit dat ook de aansprakelijkheid van de organen van toezicht afhankelijk is van de omvang van hun opdracht. De aansprakelijkheidsregels kunnen daarom juist bij de commissarissen, waar de behoefte aan een exacter omschreven opdracht het grootst is, het minst bijdragen tot een verfijning van de boekhoudingsregels (1).

2) rechtsmiddelen betreffende de controle vóór de publicatie

224. Aangenomen mag worden dat wie vóór de publicatie kennis heeft van de jaarrekeningen, en vóór de publicatie onregelmatigheden vaststelt die zijn rechten schaden, om aanvullingen of correcties zal verzoeken vóór zij schade lijden. Een beroep op de aansprakelijkheid van beheerders en commissarissen of strafbepalingen, beoogt dan niet het vergoeden van geleden schade, maar het sanctioneren van de beheerders of commissarissen. Ondanks een eventueel afschrikkend, en dus preventief effect van dit sanctioneren, lijkt het daarom logischer deze vorderingen te bespreken met deze die na publicatie open staan.

B. Betreffende de openbaarmaking

1) tegenover de vennootschap

225. Artikel 201, 4° Venn.W. voorziet een geldboete voor de beheerders en zaakvoerders die de balans en de verlies- en winstrekening niet hebben neergelegd of doen bekendmaken over-

(1) Zie over de mate waarin aansprakelijkheidsregels bij kunnen dragen tot het uitwerken van normen: J. ROCHETTE, Rev. Banque 1974, p. 624; zie verder: J. STEENBERGEN, R.W. 1975-1976, kol. 760.

eenkomstig de artikelen 80, 137 en 161 Venn.W. Wanneer zij dit met bedrieglijk opzet nalieten kunnen zij bovendien veroordeeld worden tot een gevangenisstraf van één maand tot één jaar (1). Wanneer de jaarrekeningen dus niet worden neergelegd, kan het Openbaar Ministerie een vervolging instellen. De benadeelden kunnen de strafvervolging ook in werking stellen door een rechtstreekse dagvaarding voor de strafrechter of het neerleggen van een klacht met burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter (2). Deze vorderingen verjaren na vijf jaar (3). De openbaarmaking wordt door art. 80 Venn.W. opgedragen aan de beheerders. Voor de P.V.B.A. en de coöperatieve vennootschap wordt dit niet expliciet bepaald door de artikelen 161 en 137 Venn.W., maar worden niettemin slechts strafbepalingen voorzien ten laste van de beheerders en de zaakvoerders.

226. Vooraleer deze bepalingen verder worden besproken, moet er nochtans aan herinnerd worden dat art. 80 de beheerders alleen opdraagt de goedgekeurde jaarrekeningen te publiceren. Wanneer de algemene vergadering geen rekeningen goedkeurt, kunnen de strafbepalingen van art. 201, 4° en 204, 2° Venn.W. dus niet toegepast worden tegenover de beheerders van een N.V., een P.V.B.A. of een commanditaire vennootschap op aandelen. Er kan dan slechts sprake zijn van de burgerlijke aansprakelijkheid van de vennootschap voor het verzuim van de algemene vergadering, orgaan van de vennootschap, of van de onder A besproken rechtsmiddelen.

Overwogen wordt deze regeling zo te wijzigen dat de beheerders nog wel worden belast met het neerleggen van de rekeningen zoals thans is voorgeschreven, maar alleen nog strafsancties te voorzien wanneer de beheerders nalieten de algemene vergadering samen te roepen of aan de vergaderingen de

(1) Art. 204, 2° Venn.W.

(2) C.J. VANHOUDT, Strafvordering, Gent 1974, p. 165.

(3) Art. 26, inl. tit. Wb. Sv.

de rekeningen ter goedkeuring voor te leggen die opgesteld werden overeenkomstig de daarvoor voorziene regels (1). Wanneer deze regeling wordt aangenomen zal de rechtsbeschermingsregeling zijn zoals verder beschreven onder nr. 241 e.v.

227. Vermits de aansprakelijkheid van de vennootschap voor daden van haar organen rechtstreeks is (art. 1382 B.W.), kan de burgerlijke rechtsvordering tegenover de vennootschap die volgt uit een misdrijf van een beheerder of zaakvoerder, niet door burgerlijke partijstelling of rechtstreekse dagvaarding voor de strafrechter worden ingesteld (2). Dit houdt niet in dat een vennootschap niet aansprakelijk kan zijn voor de schade die volgt uit het niet openbaar maken van de jaarrekeningen. Zij kan rechtstreeks gedagvaard worden voor de rechtbank van koophandel of de vrederechter tot het betalen van een schadevergoeding op grond van art. 1382 B.W. Deze vordering kan in de praktijk wellicht vooral belangrijk zijn als vordering tot het publiceren van jaarrekeningen. Bij het ontbreken van recente gepubliceerde jaarrekeningen kunnen belanghebbenden gemakkelijk vast stellen dat de meest recente gegevens meer dan een jaar oud zijn. Zij zullen dus niet zo gemakkelijk door de voorliggende gegevens misleid worden.

228. Indien alle partijen in het geding beheerder, zaakvoerder, commissaris of vennoot van een handelsvennootschap zijn, is uitsluitend de rechtbank van koophandel bevoegd voor het rechtsgebied waarin de maatschappelijke zetel van de vennootschap gelegen is (3). Indien de vennootschap door anderen gedagvaard wordt is de rechtbank van koophandel van hetzelfde

(1) Art. 298, 299, 313, 403, 3° en 4°, 404 en 405, 5°.

(2) Zie over de grondslag van de aansprakelijkheid en de gevolgen van een rechtstreekse aansprakelijkheid: Cass. 15 januari 1946, Pas. 1946, I, p. 25; J. RONSE, Algemeen Deel van het vennootschapsrecht, p. 426 en 433 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, I, p. 259, nr. 370 en p. 404, nr. 633.

(3) Art. 574, 1° en 628, 13° Ger. Wb.

rechtsgebied bevoegd wanneer de vordering meer dan 25.000 BF bedraagt, en anders de vrederechter (1).

229. Aangenomen mag worden dat de vennootschap alleen aansprakelijk kan zijn voor het niet neerleggen, en het ontbreken van een opdracht tot bekend maken van de jaarrekeningen. Art. 201, 4° Venn.W. voorziet weliswaar dat beheerders strafbaar zijn wegens het niet neerleggen of niet doen bekend maken van de jaarrekeningen. Maar art. 10, §3 Venn.W. bepaalt dat de ambtenaren van de griffie aansprakelijk zijn voor de schade die volgt uit een gebrek aan of laattijdige publicatie. Uit art. 10, §3 en de algemene regel dat de vennootschap slechts aansprakelijk is voor de daden van haar organen of aangestelden (en niet voor handelingen waarop zij geen enkele invloed meer kan uitoefenen), kan worden afgeleid dat art. 201, 4° Venn.W. de aansprakelijkheid van de vennootschap niet uitbreidt tot een aansprakelijkheid voor handelingen die niet door haar organen dienen te worden verricht. Of, met andere woorden, tot een aansprakelijkheid voor de gevolgen van het niet of laattijdig publiceren van jaarrekeningen, ongeacht de oorzaak van dit verzuim.

2) tegenover de beheerders of zaakvoerders

230. De strafbepalingen tegenover beheerders en zaakvoerders werden al beschreven in nr. 225. Bij deze bespreking moet nog worden opgemerkt dat, ook al acht art. 10, §3 Venn.W. de ambtenaren die daarvoor verantwoordelijk zijn aansprakelijk wanneer de neergelegde jaarrekeningen niet worden gepubliceerd, art. 201, 4° en art. 204, 2° Venn.W. de beheerders en zaakvoerders niet alleen strafbaar stellen wanneer zij de jaarrekeningen niet neerleggen, maar ook wanneer zij hen niet laten bekend maken (2). Vermits de delictsomschrijving spreekt van een "nalaten te doen bekendmaken of neer te leggen", volstaat normaal een van beide elementen om het omschreven delict te plegen. Vermits alle jaarrekeningen die bekendgemaakt moeten worden ook dienen neergelegd te worden, maar niet alle neer te leggen stukken ook bekendgemaakt moeten worden, kan de tekst niet zo gelezen worden dat het "nalaten te doen bekendmaken" juist bestaat in het "niet neerleggen". Eens de jaarrekeningen zijn neergelegd, berust de zorg voor het bekendmaken nochtans uitsluitend bij de daarmee door de Koning belaste ambtenaren. Zelfs wanneer bij gebrek aan schuld geen strafrechtelijke veroordeling kan volgen (3), is het nadelig

(1) Art. 573, 1°, 590 en 624 Ger. Wb.

(2) Art. 201, 4° Venn.W.: (...) niet hebben doen bekend maken of niet hebben neergelegd; en in art. 204, 2°: nalaten (...) te doen bekendmaken of neer te leggen. In de franse tekst: (...) n'ont pas fait publier ou qui n'ont pas déposé.

(3) Zie over de verschillende vereisten voor een strafrechtelijke veroordeling, en m.n. over de schuldvereiste: C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, Belgisch strafrecht, II, Gent 1968, p. 262 e.v.

voor de bescherming van de rechten van beheerders en zaakvoerders, iemand vervolgbaar te stellen voor handelingen waarop hij geen enkele invloed kan uitoefenen. Zoals gesteld in nr. 229 mag op grond van art. 10, §3 Venn.W. aangenomen worden dat deze strafrechtelijk weinig elegante oplossing, geen invloed heeft op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de beheerders.

231. De openbaarmaking wordt door art. 80 Venn.W. voor de N.V. en commanditaire vennootschap op aandelen (1) opgedragen aan de beheerders. Voor de P.V.B.A. en de coöperatieve vennootschap (2) wordt deze verplichting opgelegd aan de vennootschap zonder iemand specifiek ermee te belasten, waardoor ook daar de beheerders of zaakvoerders dienen toe te zien op het naleven van deze wettelijke bepalingen. Zij zijn volgens de artikelen 62, 107 en 132 hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk tegenover de vennootschap en tegenover derden voor elke schadevergoeding die verschuldigd is wegens een overtreden van de vennootschapswet of de statuten (3), behalve in de coöperatieve vennootschap. Bij een overtreding van de wet van 17 juli 1975 zijn zij alleen persoonlijk en niet hoofdelijk aansprakelijk. Dezelfde regeling geldt voor de V.O.F., de gewone commanditaire vennootschap en de coöperatieve vennootschap. Telkens zijn de aansprakelijke beheerders en de vennootschap in solidum aansprakelijk (4).

232. Vermits ook in vennootschappen die rechtstreeks aansprakelijk zijn voor de daden van hun organen, de leden van deze organen rechtstreeks aansprakelijk blijven voor hun eigen onrechtmatige daden (5), en in de strafbepalingen de beheerders of zaakvoerders strafbaar worden gesteld, kan de burgerlijke rechtsvordering tegen hen door burgerlijke partijstelling of rechtstreekse dagvaarding voor de strafrechter ingesteld

(1) Art. 107 Venn.W.

(2) Art. 137 Venn.W.

(3) Zie hierover: J. RONSE, o.c., p. 453 en 469 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, 1^o uitg., p. 397 e.v., nrs. 612 e.v.

(4) Zie J. RONSE, o.c., p. 467.

(5) J. RONSE, o.c., p. 466; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, 1^o uitg., p. 404, nr. 633.

worden door derden of door de vennootschap. Anders dienen deze vorderingen ingesteld te worden voor de rechtbank van koop-handel van het rechtsgebied waarin de maatschappelijke zetel van de vennootschap gelegen is, wanneer alle partijen bij het geschil beheerder, commissaris, zaakvoerder of vennoot van een handelsvennootschap zijn (1). Wanneer aan deze voorwaarde niet voldaan is, is de rechtbank van eerste aanleg bevoegd van het rechtsgebied waarin de woonplaats van de verweerder of de maatschappelijke zetel van de vennootschap gelegen is (2), wanneer de vordering meer bedraagt dan 25.000 BF. Anders is de vrederechter van hetzelfde rechtsgebied bevoegd (3). De décharge heeft nooit uitwerking tegenover derden (4).

233. De vennootschap beschikt tegenover haar beheerders of zaakvoerders over de vennootschapsvordering of actio mandati (5). Deze vordering kan in vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid alleen door de algemene vergadering of door de curator of vereffenaar ingesteld worden (6). In deze vennootschappen komt deze vordering dus alleen aan de vennootschap toe.

(1) Art. 574, 1° en 628, 13° Ger. Wb.

(2) Beheerders van vennootschappen zijn geen handelaars. Zie daarover art. 568 en 624 Ger. Wb.

(3) Art. 590 en 624 Ger. Wb.

(4) Brussel, 7 januari 1959, Pas. 1959, II, p. 208 besproken door J. RONSE, Overzicht van rechtspraak, Vennootschappen 1961-1963, T.P.R. 1964, p. 111.

(5) Zie over de décharge: art. 79 Venn.W. en J. RONSE, o.c., p. 478 e.v., alsook J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, 1° uitg., p. 402 e.v., nr. 629 e.v.

(6) Zie art. 62 en 66 Venn.W. en J. RONSE, o.c., p. 457 e.v., alsook J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, 1° uitg., p. 396, nr. 609.

Individuele vennoten beschikken niet over een vordering tegenover de beheerders tot schadevergoeding voor een onrechtmatige daad van de beheerders tegenover de vennootschap (1). In vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid drijven de vennoten samen handel. Zaakvoerders vertegenwoordigen daar dan ook evenzeer de individuele vennoten als een vennootschap. In deze vennootschappen kunnen de vennoten daarom elk voor hun aandeel de zaakvoerders aanspreken (2).

234. In een voorgenomen wijziging van de vennootschapswet wordt overwogen deze regeling vrij ingrijpend te wijzigen inzake de hoofdelijke aansprakelijkheid. In de N.V., de P.V.B.A., de vennootschap met veranderlijk kapitaal, zouden de beheerders altijd hoofdelijk aansprakelijk zijn tegenover de vennootschap. Tegenover derden is alleen een hoofdelijke aansprakelijkheid voorzien bij een overtreding van de vennootschapswet of de statuten in de N.V. en de vennootschap met veranderlijk kapitaal (3).

235. Tenslotte dient hier vermeld te worden dat het Hof van Cassatie in het arrest van 8 maart 1968 (4) aanneemt dat derden ook na het faillissement van de onderneming een vordering tegen de beheerders blijven ontleen aan art. 1382 B.W. en art. 62 Venn.W. voor de schade die zij persoonlijk leden door de fout van deze beheerders. Het Hof kent hen deze vordering zelfs toe wanneer "de oorzaak van de aan eiser door verweerder (de beheerder) berokkende schade niet verschilt van de oorzaak van de schade geleden door de schuldeisers van de failliete massa". Het Hof komt tot deze uitspraak omdat de individuele eisen van de schuldeisers alleen door het faillissement van de schuldenaar worden geschorst (5). Indien de

(1) J. RONSE, o.c., p. 457 en 460 e.v.

(2) J. RONSE, o.c., p. 463; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, 1^o uitg., p. 301, nr. 433.

(3) Art. 108, 170 en 219 van het voorontwerp.

(4) Pas. 1965, I, 684; R.W. 1966-1967, kol. 1575; R.P.S. 1965, p. 65, nr. 5254.

(5) Zie hierover A. CLOQUET, Les Nouvelles, nr. 1410 e.v. en J. RONSE, o.c., p. 474 e.v. Zie over de aansprakelijkheid van de beheerders tegenover de aandeelhouders: J. KIRKPATRICK, La responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes à l'égard de chaque actionnaire en droit positif belge, R.P.S. 1963, p. 1 e.v.

beheerders niet failliet werden verklaard behouden derden dus hun vorderingsrecht. Deze uitspraak stelt heel de positie van de beheerders en zaakvoerders bij een faillissement van de onderneming aan de orde. Enerzijds lijkt het immers logisch en wenselijk dat een beroep op de persoonlijke aansprakelijkheid van een niet failliet verklaarde beheerder mogelijk blijft. Maar anderzijds bevreemdt deze regel wanneer de vordering ontstond uit een handeling van de beheerder waarvoor ook de vennootschap volgens de orgaantheorie rechtstreeks aansprakelijk is (1), en waarvoor de beheerder dus ook aansprakelijk is tegenover de vennootschap. De vordering van derden tegen de vennootschap valt bij haar faillissement in de massa. En vennoten kunnen alleen via de vennootschap de schade die zij als vennoten leden, op de beheerders verhalen. De vorderingen van derden tegenover beheerders kunnen dus samenlopen met vorderingen met een identieke oorzaak die door de curator ingesteld worden in naam van de massa, waaronder diezelfde derden. Deze regeling verbreekt de gelijkheid van de niet bevoorrechte schuldeisers door een onderscheid te maken tussen schuldeisers die wel en zij die geen vordering hebben die ook een rechtstreekse vordering op de beheerders biedt, omdat de schade al dan niet volgt uit een onrechtmatige daad van de beheerders.

3) tegenover de ambtenaren

236. Wanneer de jaarrekeningen niet alleen moeten worden neergelegd, maar ook moeten worden gepubliceerd in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad, dient deze bekendmaking te gebeuren binnen de vijftien dagen na het neerleggen. Wanneer deze termijn niet wordt gerespecteerd, zijn de ambtenaren aan wie het verzuim of de vertraging te wijten is, gehouden tot het vergoeden van de schade die er door ontstaat (2). De administratie die belast is met het bijhouden van het vennootschaps-

(1) Zie over de grenzen van deze aansprakelijkheid: J. RONSE, o.c., p. 430 e.v.

(2) Art. 10, §3 Venn.W.

dossier en het bekendmaken van jaarrekeningen, en de administratie van het Belgisch Staatsblad, dienen gedagvaard te worden voor de rechtbank van eerste aanleg wanneer de vordering meer dan 25.000 BF bedraagt, en anders voor de vrederechter (1).

- 4) eventuele samenhang bij het instellen van verschillende van de vermelde vorderingen

237. Men mag aannemen dat de vermelde vorderingen, indien zij gelijktijdig ingesteld worden, soms voldoende nauw verbonden zijn om hen samen te behandelen (2). Zij kunnen dus worden samengevoegd, en ingesteld voor de rechtbank die volgens art. 565, 2° tot 5° Ger. Wb. de voorrang heeft onder de voor de individuele vorderingen bevoegde rechtbanken. Dit zijn dus in rangorde: de rechtbanken van eerste aanleg, de arbeidsrechtbank, de rechtbank van koophandel, de vrederechter, met een volstrekte voorrang voor de rechter waarvoor een van de vorderingen reeds aanhangig is. De partijen beschikken in limine litis over een exceptie van samenhang om het samenvoegen te bevorderen (3). Wanneer de verschillende verweerders voor de samenhangende vorderingen volgens de regels inzake territoriale bevoegdheid voor verschillende rechtbanken gedagvaard dienen te worden, kunnen zij met inachtnaam van de prioriteiten inzake materiële bevoegdheid, naar keuze van de eiser voor een van de materiële bevoegde rechters worden ingesteld. Ook hier geldt dus een volstrekte prioriteit voor de rechter waarvoor reeds een van de vorderingen aanhangig is (4).

(1) Art. 568 en 590 Ger. Wb. en C. CAMBIER, Droit administratif, Brussel 1968, p. 556.

(2) Zie over de samenhang A. FETTWEIS, Handboek voor gerechtelijk recht, II, Bevoegdheid, Antwerpen 1971, p. 108, nrs. 182 e.v.; en vergelijk met de voorbeelden in nr. 183. Zie voor de samenhang ook Ger. Wb., art. 30 en 566.

(3) A. FETTWEIS, o.c., p. 110, nrs. 187 e.v.

(4) A. FETTWEIS, o.c., p. 297, nr. 544.

C. Betreffende de inhoud van de jaarrekeningen

- 1) wanneer jaarrekeningen met bedrieglijk opzet opgesteld of gebruikt worden

238. Art. 207 Venn.W. voorziet opsluiting en/of een geldboete voor al wie met bedrieglijk inzicht of met het voornemen te schaden de door de wet of de statuten voorgeschreven balans en verlies- en winstrekening van vennootschappen vervalst. Wie van deze vervalste stukken gebruik maakt is volgens art. 208 Venn.W. strafbaar zoals de daders. Ook art. 27 van de wet van 22 juli 1953 voorziet strafbepalingen voor revisoren die met bedrieglijk opzet valse of onvolledige verklaringen afleggen, en verwijst daarbij naar art. 196 SWb. Al deze vorderingen verjaren na vijf jaar (1). Bovendien zullen in deze gevallen de boekhouding en/of de jaarrekeningen niet beantwoorden aan de criteria van de wet van 17 juli 1975 die vragen dat de jaarrekeningen met goede trouw en voorzichtigheid worden opgesteld. Deze wet voorziet voor de beheerders, zaakvoerders, handelaars en anderen die bewust deze bepalingen overtreden, een gevangenisstraf van 1 maand tot 1 jaar en een geldboete van 50 tot 10.000 BF.

239. Overwogen wordt deze regeling in die zin te wijzigen dat de bepalingen over de te publiceren gegevens die nu voorzien zijn in de wet van 17 juli 1975 en de uitvoeringsbesluiten, opgenomen worden in de vennootschapswet voor de N.V., de P.V.B.A., de vennootschap met veranderlijk kapitaal en de coöperatieve vennootschap, waarbij het niet naleven van deze bepalingen strafbaar blijft.

240. Wanneer beheerders de jaarrekeningen vervalsen of vervalste jaarrekeningen gebruiken, beschikken de vennootschap, de vennoten en derden over de vorderingen die eerder besproken werden in de desbetreffende alinea over de openbaarmaking (2).

(1) Art. 26 inl. tit. Wb. Sv.

(2) Zie nrs. 220 e.v.

In beide gevallen betreft het bij hypothese gevallen waarin de schade ontstaat door een strafbaar gesteld overtreden van de vennootschapswet of de statuten. De moeilijkheden die volgen uit het onderscheid tussen het neerleggen en het bekendmaken rijzen hier nochtans niet vermits bij hypothese de inhoud van rekeningen wordt betwist. Wel zal bij het opstellen of het gebruik met meer voorzichtigheid nagegaan dienen te worden of de band tussen de daad en de functie van wie haar stelde, voldoende sterk was om de daad aan de vennootschap toe te rekenen (1).

241. Niet alleen tegenover de beheerders, maar tegenover al wie jaarrekeningen vervalst of vervalste jaarrekeningen gebruikt, kan een strafvordering worden ingesteld. Tegenover commissarissen en commissarissen-revisoren gelden dezelfde aansprakelijkheidsregels als tegenover beheerders en zaakvoerders (2). Ook de algemene vergadering is een orgaan van de vennootschap, al geldt tegenover hen geen equivalent van art. 62 Venn.W.

242. Wanneer aangestelden jaarrekeningen vervalsen of vervalste jaarrekeningen gebruiken geldt een enigszins andere regeling. Vennootschappen zijn op grond van art. 1384, 3° B.W. - en dus onrechtstreeks - aansprakelijk voor de onrechtmatige daden die aangestelden als aangestelden van de vennootschap stelden. De burgerlijke rechtstheorie kan dus wel door burgerlijke partijstelling of rechtstreekse dagvaarding voor de strafrechter ingesteld worden. Vermits de vennootschap slechts onrechtstreeks aansprakelijk is voor de daden van aangestelden, lijkt het ook minder bezwaarlijk dat derden een rechtstreekse vordering tegenover hen behouden na faillissement van de vennootschap. Ook de vennoten beschikken hier nog over een indi-

(1) Zie J. RONSE, o.c., p. 430 e.v.

(2) Zie art. 65, 107 en 134 Venn.W. en J. RONSE, o.c., p. 333 e.v. Zie ook art. 17 W. 17 juli 1975 met de terzake verder in nrs. 218 en 241 gemaakte opmerkingen; in dit verband kan worden opgemerkt dat in Duitsland de revisoren niet tot een middelverbintenis maar tot een resultaatverbintenis zijn gehouden. Zie J. ROCHETTE, Rev. Banque 1974, p. 624 e.v.

viduele vordering opgemerkt worden dat de aansprakelijkheid van deze aangestelden geen einde stelt aan de aansprakelijkheid van de vennootschap, van de beheerders en van de commissarissen voor de inhoud van de jaarrekeningen.

243. Het Hof van Cassatie neemt immers omgekeerd aan dat de aansprakelijkheid van de beheerders volgens art. 77 Venn.W., en hun aansprakelijkheid voor onnauwkeurigheden in de jaarrekeningen, de aansprakelijkheid niet uitsluit van derden die in de zin van art. 66 SWb. deelnamen aan het in art. 207 e.v. Venn.W. omschreven misdrijf (1). Hieruit mag worden afgeleid dat de aansprakelijkheid van de beheerders blijft gelden, maar zij deze evenwel zoals de vennootschap verhalen kunnen op wie schuldig bevonden wordt. Deze doorlopende aansprakelijkheid van de beheerders beklemtoont dat ook de vennootschap aansprakelijk blijft. Het samenlopen van vorderingen van derden die door het misdrijf schade leden, met een vordering van de vennootschap die de op haar verhaalde of door haar geleden schade wil verhalen op de schuldigen, is dan ook niet uitgesloten. Bij een faillissement van de vennootschap kan de oorzaak van de door beide geleden schade ook in dit geval dezelfde zijn. Maar in tegenstelling tot schade die volgt uit een gebrek aan publiciteit, is bij vervalsing de oorzaak van de schade vreemder aan de normale werking van de vennootschap. Vennootschap en derden richten zich tot de schuldige aan een misdrijf waarvoor de werking van de vennootschap slechts de gelegenheid bood. In het eerste geval zochten derden bij de beheerders vooral een uitbreiding van het verhaalsobject voor de schade die door een gebrekkig functioneren van de vennootschap ontstond. Deze "causaliteitsallocatie" staft de beoordeling over het behouden van rechtstreekse vorderingsmogelijkheden na faillissement op grond van het onrechtstreeks karakter van de aansprakelijkheid van de vennootschap voor onrechtmatige daden van aangestelden en het bestaan van een individuele vorderingsmogelijkheid voor vennoten. Tenslotte verschilt de aansprakelijkheidsregeling voor vervalsingen tegenover aangestelden ook van deze die geldt tegenover beheerders en commissarissen, omdat alleen de daders, en niet het korps aangestelden hoofdelijk aansprakelijk zijn.

244. Bovendien dient de verdeling van de individuele aansprakelijkheid van leden van organen van een vennootschap bij bedrieglijk opgestelde of openbaargemaakte jaarrekeningen van

(1) Cass., 12 februari 1906, Pas. 1906, I, 128.

voorgeschreven gegevens worden onderzocht. Indien deze vermeldingen correct voorkwamen in de door de algemene vergadering goedgekeurde rekeningen, kan deze aansprakelijkheid alleen bij de beheerders (of de administratie) berusten. Wanneer de betwiste vermeldingen correct voorkwamen in de stukken die voorgelegd werden aan de algemene vergadering, maar de algemene vergadering weigerde in te stemmen met het publiceren van de correcte jaarrekeningen, zijn ook de leden van de algemene vergadering aansprakelijk. In dat geval zijn de beheerders nochtans niet ontslagen van de hoofdelijke aansprakelijkheid van art. 62 Venn.W. Zij mogen ook als de algemene vergadering dit zou vragen, geen uitvoering verlenen aan beslissingen die duidelijk strijdig zijn met de wet of de statuten (1). De commissarissen zijn in dat geval wellicht niet langer aansprakelijk omdat zij niet met de openbaarmaking zijn belast. Wanneer de wettelijke of statutair opgelegde vermeldingen evenwel ook niet voorkwamen in de stukken die aan de algemene vergadering werden voorgelegd, kunnen zowel de commissarissen als de beheerders en de vennoten aansprakelijk zijn. Wegens de grote moeilijkheden om de vennoten te kennen, en de wijze waarop de algemene vergadering in de praktijk functioneren, zal wellicht zelden een beroep worden gedaan op de aansprakelijkheid van vennoten. De algemene vergadering dient nochtans volgens art. 79 Venn.W. de jaarrekeningen goed te keuren (2). Door stukken goed te keuren die niet voldeden aan de wettelijke en statutaire voorwaarden, draagt een algemene vergadering onmiskenbaar bij tot het overtreden van die wettelijke of statutaire bepalingen. Het feit dat de algemene vergadering de schade die de vennootschap zou kunnen lijden misschien kan verhalen op de beheerders

(1) Zie J. RONSE, o.c., p. 455 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, 1^o uitg., p. 399, nr. 618. Ook in de W. 17 juli 1976 worden deze vermeldingen niet in een definitie van de balans opgenomen.

(2) Zie over de uitsluitende bevoegdheid terzake: Brussel, 7 januari 1959, Pas. 1959, II, 208.

247. Dezelfde strafbepalingen zijn volgens de huidige tekst van art. 17, 2° lid, ook van toepassing op commissarissen, commissarissen-revisoren, revisoren of onafhankelijke experts die rekeningen, jaarrekeningen, balansen en verlies- en winstrekeningen of geconsolideerde rekeningen hebben geattesteerd of goedgekeurd wanneer de bepalingen inzake kleine ondernemingen (1) niet werden gerespecteerd. Zij zijn strafbaar wanneer zij ofwel wisten dat deze bepalingen niet nageleefd werden, ofwel niet het nodige deden om zich ervan te overtuigen of deze bepalingen nageleefd werden. Het is bevreemdend dat art. 17, 3° lid zo is geformuleerd dat onafhankelijke boekhouders en organen van toezicht alleen strafbaar zijn bij overtredingen van de specifieke bepalingen inzake kleinere ondernemingen; bij overtredingen in de boekhouding of jaarrekeningen van grotere ondernemingen, of overtreding van de meer principiële algemene bepalingen die ook op kleine ondernemingen van toepassing zijn, zijn zij niet strafbaar. Dit zou het resultaat zijn van een vergissing waarvan spoedig een rechtzetting verwacht mag worden waartoe een wetsontwerp wordt voorbereid (2). Deze veronderstelling vindt steun in het vermelden van commissarissen-revisoren en geconsolideerde rekeningen, die normalerwijze niet voorkomen in de ondernemingen waarop art. 5 van toepassing is.

248. Wanneer de strafbepalingen van de wet van 17 juli 1975 van toepassing kunnen zijn, is de rechtsbeschermingsregeling zoals omschreven onder nrs. 239 e.v., waarnaar wordt terug verwezen.

(1) Art. 17, 3° lid W. 17 juli 1975, terugverwijzend naar art. 5.

(2) Zie o.a. L. VANDEN BERGHE, Fiscale implicaties van de wet van 17 juli 1975 houdende boekhoudkundige hervorming, I, A.F.T. 1976, p. 57, noot 1, verwijzend naar de Omzendbrief van de Minister van Justitie van 9 december 1975, B.S. 13 december 1975.

b) wanneer geen strafbepalingen van toepassing zijn

249. Wanneer geen strafbepalingen van toepassing zijn omdat de tekst van art. 17 van de wet van 17 juli 1975 nog niet is aangepast, geldt de regeling die hier in nrs. 249 e.v. wordt beschreven, samen met wat onder nr. 244 werd gezegd over de verdeling van de aansprakelijkheid.

tegenover de vennootschap

250. Benadeelden door het ontbreken van voorgeschreven gegevens kunnen een beroep doen op de burgerlijke aansprakelijkheid van de vennootschap om publicatie of vergoeding van de door het gebrek aan publicatie veroorzaakte schade te bekomen. De beheerders en commissarissen dienen er over te waken dat jaarrekeningen die voorgelegd worden aan de algemene vergadering beantwoorden aan de wettelijke en statutaire bepalingen. De algemene vergadering mag rekeningen die niet aan deze bepalingen voldoen normaal niet goedkeuren. De beheerders zijn tenslotte belast met de openbaarmaking en moeten er dus zorg voor dragen dat de jaarrekeningen zoals zij werden goedgekeurd openbaar worden gemaakt. Vermits de beheerders, commissarissen en de algemene vergadering, organen van de vennootschap zijn, is de vennootschap rechtstreeks aansprakelijk voor hun handelingen (1).

tegenover de beheerders, commissarissen en de algemene vergadering

251. Schade die ontstaat door het niet naleven van een wettelijke bepaling (2) ontstaat uit een onrechtmatige daad. De organen en aangestelden van een vennootschap blijven voor de gevolgen van deze daden persoonlijk aansprakelijk (3). Zowel commissarissen als beheerders zijn hoofdelijk aansprakelijk tegenover de vennootschap en derden voor inbreuken op de vennootschapswet en de statuten (4). Tegenover hen geldt dus wat in nrs. 230 e.v. gezegd werd over de burgerlijke vordering tegenover beheerders, met inbegrip van de opmerkingen over de samenloop van vorderingen van derden met een vordering van de curator na het faillissement van de vennootschap. Vennoten zijn niet hoofdelijk aansprakelijk, maar wel aansprakelijk

(1) Zie voor de bevoegdheid, nr. 232.

(2) Art. 77 Venn.W.

(3) Zie o.a. nr. 232.

(4) Art. 65 Venn.W.

voor de door hen gestelde onrechtmatige daden. De vennootschapswet voorziet tegenover hen begrijpelijkerwijze ook geen vennootschapsvordering. Bij ontbreken daarvan behouden de individuele aandeelhouders of benadeelde beheerders en commissarissen dus een individuele vordering tegenover de aandeelhouder(s) die hen door een onrechtmatige daad benadeelden. Ondanks het behouden van een individuele vordering voor alle benadeelden na het faillissement van een onderneming, stelt het samenlopen van deze vorderingen met deze van de curator toch nog problemen. Ook de vennootschap kan immers nog worden aangesproken voor de door de vennoot als vennoot veroorzaakte schade.

3) bij onjuiste of misleidende vermeldingen

252. Omdat er soms zo weinig gegevens gepubliceerd dienen te worden, en er voor het berekenen van de mee te delen gegevens geen duidelijke waarderingsregels gelden, zullen derden soms vooral misleid worden door waarderingsregels die niet zijn verboden, of voorstellingswijzen die niet strijdig zijn met het vennootschapsrecht of de statuten. Bij gebrek aan voldoende uitgewerkte publicatievoorschriften, waaronder waarderingsregels die beantwoorden aan de behoeften van de belanghebbenden, is het vooral voor de leden van een algemene vergadering of commissarissen die geen bijzondere bedrijfs-economische vorming genoten, moeilijk om jaarrekeningen te controleren op een wijze die werkelijk vruchtbaar is voor de belanghebbenden. Maar ook voor commissarissen-revisoren stelt het gebrek aan wettelijke bepalingen problemen. Zij kunnen weliswaar steunend op hun deskundigheid vaststellen dat jaarrekeningen ontoereikend zijn om een inzicht te geven in de onderneming. Maar dat houdt nog niet in dat de jaarrekeningen dermate ontoereikend zijn dat zij tegen het publiceren ervan dienen te adviseren, en zelfs niet altijd dat zij de algemene vergadering hun beoordeling in die zin dienen mee te delen (1). Het trekken van de grens is moeilijk. Hun verificatieopdracht

(1) Zie over de verschillende opvattingen over de opdracht van de revisor nr. 220.

veronderstelt niet alleen een controleren van de juistheid van de opgegeven cijfers, maar ook een appreciëren van de gevolgde waarderingsmethode en de voorstellingswijze. Maar daarbij dienen zij de autonomie van de ondernemingsleiding voor het beheer, waaronder de afschrijvingen, reserveringen e.d., te respecteren. Hieruit wordt afgeleid dat zij zich alleen uit mogen spreken over de waarderingsmethode en de voorstellingswijze wanneer deze een beeld geven van de onderneming dat niet strookt met de werkelijkheid (1). Jaarrekeningen die geen adequaat inzicht geven in de toestand van een onderneming, geven echter daarom nog geen verkeerd beeld, zij geven meestal helemaal geen beeld van die onderneming. Niet alleen de interpretatie van art. 3 van de wet van 22 juli 1953 beperkt de effectiviteit van de controle van commissarissen-revisoren. Ook de interpretatie van art. 65, 3° Venn.W. draagt niet bij tot een verduidelijking van de jaarrekeningen. Dit artikel draagt hen op het resultaat van hun onderzoek met de voorstellen die zij gepast achten mee te delen aan de algemene vergadering. De rapporteur van de Kamercommissie sprak van suggesties, waarmee wellicht aanvullingen e.d. werden bedoeld (2). De wet spreekt van voorstellen. Hiermee zou het voorstel de jaarrekeningen al dan niet te aanvaarden worden bedoeld (3). Deze interpretatie van de term "voorstellen" wordt blijkbaar niet algemeen betwist, en komt tegemoet aan de kritiek op het opnemen van de bepaling, die een inmenging van de revisoren in het beleid van de onderneming vreesde (4). De term "voorstellen"

(1) Zie Centre d'Etudes des Sociétés, Les reviseurs d'entreprises, p. 37.

(2) Zie Parl. Doc. Kamer, zitting 1952-1953, nr. 441, p. 5, besproken in Centre d'Etudes des Sociétés, Le statut des commissaires et des commissaires-réviseurs, p. 54, nr. 65.

(3) Zie l.c., p. 54, nr. 65. Zie evenwel Rb. v. Kph. Charleroi, 12 oktober 1976, R.P.S. 1976, p. 143, waar aan de commissarissen-revisoren een verdergaande waarschuwingsplicht werd opgelegd.

(4) Zie evenwel inzake commissarissen-revisoren de in de vorige voetnoot vermelde uitspraak.

lijkt nochtans niet restrictiever dan de term "suggesties". Praktisch holt de nu geldende interpretatie de betekenis van de controle door de commissarissen sterk uit, en wordt hun verificatieopdracht herleid tot een louter waarmerken van de door het beheer opgestelde rekeningen(1). Bij dit alles mag bovendien niet uit het oog verloren worden dat zelfs wanneer de algemene vergadering op de hoogte wordt gebracht van de opmerkingen van de commissarissen, dit nog niet noodzakelijk leidt tot een aanpassing van de openbaar te maken rekeningen. De algemene vergadering die zelf bijkomende inlichtingen wenst, kan er immers de voorkeur aan geven aan deze inlichtingen zo weinig mogelijk ruchtbaarheid te geven.

253. De moeilijkheden bij het afbakenen van de bevoegdheid van de commissarissen, rijzen nog scherper bij het omschrijven van de appreciatiebevoegdheid van de rechter. De commissarissen brengen verslag uit aan de algemene vergadering, die ook na het verschuiven van bevoegdheden van de algemene vergadering naar de Raad van Beheer (2), een beleidsorgaan van de vennootschap blijft. Indien een grondige bespreking van de jaarrekeningen voor de algemene vergadering al als een inmenging in het beheer wordt beschouwd, dient a fortiori de rechter jaarrekeningen terughoudend te beoordelen. De rechtspraak gaat dan ook niet verder dan het stellen van enkele zeer algemene criteria. De waarderingen moeten gebeuren "met oprechtheid en te goeder trouw", en met voorzichtigheid om de resultaten van het volgend boekjaar niet in gevaar te brengen" (3). Deze begrippen zijn bijzonder rekbaar, en de eisen die zij toelaten te stellen zijn goeddeels afhankelijk van de bedrijfseconomische deskundigheid van de ondernemingsleiding. Deze eisen worden niet strenger door niet het inzicht van de betrokkenen te beoordelen, maar uit te gaan van

(1) Zie over de functie van de commissaris en art. 3 van de W. 22 juli 1953, nr. 220.

(2) Zie art. 54 Venn.W. zoals gewijzigd door de W. 23 juni 1973.

(3) Cass. 22 april 1929, Pas. 1929, I, 164: H. SIEBENS, o.c., p. 85 e.v., 89 e.v. en 115 e.v.; zie ook L. FREDERICQ, o.c., I, p. 732, nr. 902 en p. 733, nr. 904.

wat zij volgens de gangbare normen als ontoereikend dienden te beschouwen, omdat vooral bij kleinere ondernemingen de jaarrekeningen haast altijd te summier zijn en de gangbare norm dus erg laag ligt (1).

254. Uit het voorgaande volgt niet dat het huidige recht geen vorderingen biedt voor wie schade leed wegens ontoereikende of misleidende informatie in jaarrekeningen die evenwel zonder bedrieglijk opzet of overtreding van de vennootschapswet of de statuten werden verstrekt. Zoals in de voorgaande alinea's is slechts sprake van schade die ontstond door onvolkomenheden in stukken die opgesteld en gepubliceerd werden onder verantwoordelijkheid van de organen van de vennootschap. Voor hun onrechtmatige daden is de vennootschap rechtstreeks aansprakelijk. De verjaringstermijn voor deze vorderingen wordt bepaald door art. 2262 B.W. Inzake onrechtmatige daad volstaat een culpa levissima in abstracto om aan een handeling een onrechtmatig karakter te geven (2). Eerder werd al opgemerkt dat het abstract karakter van de fout bij jaarrekeningen de aansprakelijkheid niet altijd verzwaaart. Vermits de wettelijke regeling soms slechts het meedelen van enkele zeer summieze gegevens vraagt, leidt ook een lichtste fout niet noodzakelijk tot een zware aansprakelijkheid. Samengevat kan men vermoeden dat een vennootschap slechts aansprakelijk zal worden geacht voor de schade die veroorzaakt wordt doot het verstrekken van materiëel onjuiste gegevens of, wat daar sterk op lijkt, van gegevens die verkregen werden door het gebruiken van een waarderingsmethode die algemeen als onbetrouwbaar wordt beschouwd.

255. Zoals in de vorige alinea's dient ook hier aandacht geschonken te worden aan de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van organen van een vennootschap. Voor de onderlinge

(1) Zie bijv. HANON de LOUVET, o.c., p. 2.

(2) Zie H. DE PAGE, o.c., II, 1964, p. 943, nr. 944 en p. 945, nr. 945.

verdeling van deze aansprakelijkheid volstaat het terug te verwijzen naar nr. 254. Omdat hun aansprakelijkheid hier bij hypothese niet ontstaat door een duidelijk overtreden van de vennootschapswet of de statuten, kunnen de regels die hun aansprakelijkheid organiseren evenwel verschillen. Uit het voorgaande volgt op de eerste plaats dat in de in deze alinea besproken gevallen, beheerders en/of commissarissen niet hoofdelijk, maar individueel aansprakelijk zijn tegenover de vennootschap en tegenover derden (1). Tegenover derden zijn de aansprakelijke beheerders of commissarissen in solidum aansprakelijk met de vennootschap (2). De opmerkingen die in nr. 235 werden gemaakt over het samenlopen van individuele vorderingen van derden met een vordering van de curator bij een beroep op de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van een orgaan van een vennootschap, gelden ook hier.

256. Uit de hier behandelde hypothese volgt nog een tweede belangrijk verschil met de in vorige alinea's besproken aansprakelijkheidsvragen. Omdat de schade bij hypothese niet veroorzaakt werd door het overtreden van een duidelijke regel, volgt zij ook niet altijd uit een onrechtmatige daad (3). Wanneer de schade niet altijd volgt uit een onrechtmatige daad dient bij het bestuderen van de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden en de organen van een vennootschap, een onderscheid te worden gemaakt tussen de aansprakelijkheid tegenover de vennootschap voor beheersfouten, en de aansprakelijkheid tegenover derden. Tegenover derden zijn beheerders en zaakvoerders niet aansprakelijk voor beheersfouten (4). Zij zijn dit wel tegenover de vennootschap omdat zij tegenover haar niet alleen burgerlijk, maar ook contractueel aansprakelijk zijn volgens de regels van de lastgeving (5). Dit

(1) J. RONSE, o.c., p. 451, 454 e.v.

(2) J. RONSE, o.c., p. 467.

(3) Zie over het foutbegrip inzake onrechtmatige daden, o.a. H. DE PAGE, o.c., IV, p. 936 e.v., nr. 941.

(4) J. RONSE, o.c., p. 463 e.v.

(5) J. RONSE, o.c., p. 448 e.v.

betekent dat zij aansprakelijk zijn voor de schade die zij door een culpa levis in abstracto veroorzaken (1). Tegenover de beheerders en commissarissen lijkt men weinig geneigd om zoals inzake lastgeving gebruikelijk is, strengere eisen te stellen naarmate men een grotere deskundigheid verwacht (2). Ondanks het feit dat voor de contractuele aansprakelijkheid een culpa levis in abstracto wordt vereist, terwijl voor de burgerlijke aansprakelijkheid reeds een culpa levissima een handeling onrechtmatig kan maken, moet aangenomen worden dat eerstgenoemde aansprakelijkheid zwaarder is. Anders heeft het onderscheid weinig zin. Dit op het eerste zicht paradoxale resultaat volgt wellicht onrechtstreeks uit het feit dat bevredigende publicatievoorschriften zolang ontbraken. Uit het ontbreken van dergelijke regels kon immers onrechtstreeks afgeleid worden dat bij het verstrekken van inlichtingen aan derden een geringere zorgvuldigheid (vooral in de zin van volledigheid) verwacht wordt, dan nodig wordt geacht voor het eigenlijke beheer van de vennootschap. Slechts wanneer een geringere zorgvuldigheid als referentiepunt wordt genomen kan zelfs een culpa levissima tot een geringere aansprakelijkheid leiden dan een culpa levis.

257. Tenslotte dient hier inzake de commissarissen-revisoren nog te worden gewezen op het tuchtrecht waaraan zij zijn onderworpen (3). De Raad van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren is belast met het handhaven van de tucht in het kader van de algemene opdracht van het Instituut "om te

(1) Zie H. DE PAGE, o.c., V, p. 403, nr. 405; zie ook voor de commissarissen: Centre d'Etudes des Sociétés, Le statut des commissaires et des commissaires-reviseurs, p. 57.

(2) Zie H. DE PAGE, o.c., V, p. 403 e.v., nrs. 405 e.v. inzake lastgeving, en impliciet, J. RONSE, o.c., p. 450; zie voor een eventueel onderscheid tussen de aansprakelijkheid van een commissaris en een commissaris-revisor: C.E.S., Le statut des commissaires et des commissaires-reviseurs, p. 57.

(3) Zie art. 19 e.v. W. 22 juli 1953 en het K.B. 16 maart 1957 tot vaststelling van het tuchtreglement, B.S. 22 augustus 1957.

waken over de opleiding en te voorzien in de bestendige organisatie van een corps specialisten die bekwaam zijn om de functie van bedrijfsrevisor te vervullen (1), en met de vereiste waarborgen inzake bevoegdheid, onafhankelijkheid en beroepseerlijkheid" (2). De tuchtstraffen die het Instituut kan opleggen kunnen er toe bijdragen dat een al te restrictieve interpretatie van de opdracht van de functie van commissaris-revisor wordt vermeden.

Afdeling III. Informatie van de werknemers

§ 1. De objectieven van de regeling

258. Zoals de jaarrekeningen, organiseren de bepalingen over de informatie aan werknemers het verstrekken van inlichtingen over de algemene positie van de onderneming. Deze bepalingen behoren tot het arbeidsrecht. Zij vallen daarom in principe buiten het hier behandelde onderwerp. Maar omdat het behartigen van de belangen van de werknemers bij faillissement van de onderneming niet langer louter arbeidsrechtelijke, maar ook faillissementsrechtelijke problemen stelt, kunnen zij hier niet onvermeld blijven (3).

259. Wil de informatie een effectieve bijdrage leveren tot het voorkomen van faillissementen, dient zij een appreciatie toe te laten van de levensvatbaarheid van de onderneming. De andere arbeidsrechtelijke objectieven kunnen hier onbesproken blijven. Op korte termijn betekent dit dat de werknemers ingelicht moeten worden over de solvabiliteit en liquiditeit van de onderneming, omdat deze begrippen een sleutelrol spelen bij de toepasbaarheid van het

(1) Cfr. supra, nr. 220 e.v.

(2) Art. 2 van de W. 22 juli 1953.

(3) Zie hierover ook nr. 54.

faillissementsrecht. Op langere termijn veronderstelt dit ook dat de nodige gegevens worden verstrekt over de commerciële positie van de onderneming om het algemeen commercieel beleid, productiebeleid, financieringspolitiek en expansie politiek te kunnen beoordelen.

§ 2. De betrokken ondernemingen

260. Om te weten welke ondernemingen arbeidsrechtelijke informatie verplichtingen hebben moet vooral rekening gehouden worden met het toepassingsgebied van het K.B. van 27 november 1973 houdende reglementering van de economische en financiële inlichtingen te verstrekken aan de ondernemingsraad (1), en van de wet van 28 juni 1966 betreffende schade-loosstelling van de werknemers die ontslagen worden bij sluiting van ondernemingen (2).

261. Het K.B. van 27 november 1973 is zoals reeds blijkt uit de titel van toepassing op alle ondernemingen met een ondernemingsraad. Volgens art. 14 van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven (3) zijn dit alle ondernemingen die gewoonlijk een gemiddelde van tenminste vijftig werknemers te werk stellen. Dit getal is een streefgetal. Artikel 28 laat de Koning toe binnen bepaalde grenzen van dit aantal af te wijken. Thans dient een ondernemingsraad te worden verkozen in ondernemingen met ten minste 150 werknemers, en in ondernemingen waar eerder reeds een ondernemingsraad werd ingesteld (4). Op de verschillen tussen het arbeidsrechtelijk en het economischrechtelijk begrip onderneming en het begrip vennootschap hoeft hier niet ingegaan te worden omdat zij alleen leiden kunnen tot het opsplitsen

(1) B.S. 1973, p. 13352.

(2) B.S. 2 juli 1966, gewijzigd door de W. 28 juli 1971, B.S. 21 augustus 1971.

(3) B.S. 27/28 september 1948, zoals gewijzigd door de W. 28 januari 1963, B.S. 8 februari 1969.

(4) K.B. 24 januari 1975, B.S. 7 februari 1975.

van grotere vennootschapsrechtelijke eenheden in verschillende technische bedrijfseenheden. Het arbeidsrecht kent ook geen concern-ondernemingsraad, maar de positie van een onderneming in een groep is voorwerp van de te verstrekken gegevens.

262. De wet van 28 juni 1966 is in principe van toepassing op ondernemingen die tijdens het laatst verlopen kalenderjaar gemiddeld ten minste 20 werknemers te werk stelden (1). De Koning kan evenwel dit aantal verminderen op voorstel van het bevoegde paritaire comité voor het geheel of een gedeelte van de werknemers die onder de bevoegdheid van dat paritair comité vallen, of na advies van de Nationale Arbeidsraad wanneer de onderneming behoort tot de bevoegdheid van verschillende paritaire comité's of bij ontstentenis van een bevoegd comité (2).

§ 3. De te verstrekken inlichtingen (3)

263. Volgens het K.B. van 27 november 1973 dient bij de oprichting of hernieuwing van de ondernemingsraad de raad ingelicht te worden over de marktpositie, de produktie en produktiviteit, de financiële structuur, het programma en de algemene toekomstverwachtingen, enz. van de onderneming (4). Deze gegevens moeten de werknemers in staat stellen iedereen een klaar beeld te geven van de toestand, de evolutie en de vooruitzichten van de onderneming of van de groep waarvan zij eventueel deel uitmaakt. Jaarlijks dient de ondernemer die inlichtingen bij te werken. De jaarlijks te verstrekken informatie omvat daarnaast o.a. de jaarrekeningen (5). De jaar-

(1) Art. 1, zoals gewijzigd door de W. 28 juli 1971, B.S. 21 augustus 1971.

(2) Art. 1, 2° lid.

(3) Zie hierover meer uitgebreid: J. STEYAERT, Informatie aan de ondernemingsraden, in De onderneming morgen, Economisch en Financieel Recht Vandaag III, Gent 1974, p. 79 e.v., vnl. p. 87 e.v.; O. VANACHTER, De economische en financiële inlichtingen te verstrekken aan de ondernemingsraad, R.W. 1973-1974, kol. 2463 e.v.; en voor een bespreking van de .../...

lijkse informatie dient de ondernemingsraad vooral in staat te stellen zich een beeld te vormen over de financiële stabiliteit van de onderneming, haar liquiditeit en rentabiliteit en vooruitzichten inzake de werknemers (1). Om de drie maanden dient de ondernemingsleiding de ondernemingsraad de inlichtingen te verstrekken die nodig zijn om de gang van zaken te volgen en na te gaan in welke mate de streefcijfers bereikt werden (2). Tenslotte dient de ondernemer de ondernemingsraad telkens in te lichten wanneer er zich belangrijke gebeurtenissen voordoen of beslissingen kunnen worden genomen die een belangrijke weerslag kunnen hebben op de onderneming (3). Indien deze gegevens verstrekt worden volgens de geest van dit K.B. mag aangenomen worden dat de informatie tegemoet komt aan de gestelde objectieven.

264. Op verzoek van de door de arbeiders aangeduide leden van de ondernemingsraad, worden de meegedeelde stukken juist en volledig verklaard door een beëdigd bedrijfsrevisor, die erkend is door de bedrijfsraad, of indien er geen bedrijfsraad is, door de Koning op voordracht van de meest representatieve vakorganisaties. Deze revisoren hebben de opdracht zoals die door het Instituut is omschreven, en besproken werd inzake de controle van jaarrekeningen. De revisoren worden aangeduid door de ondernemingsraad, en door de bedrijfsraad indien er onenigheid bestaat in de ondernemingsraad (4).

(3) ./.. toepassing: Belgium's disclosure of information law; a first appraisal, European Industrial relations review, 1977, p. 2 e.v.

(4) Art. 4.

(5) Art. 17.

(1) Art. 17.

(2) Art. 24.

(3) Art. 25

(4) Zie art. 15, G, 2, 3° en 4° lid W. 20 september 1948. Zie voor de beschrijving van een verder uitgewerkt enquêterecht: W.C.L. van der GRINTEN, Handboek voor de N.V. en B.V., p. 148 e.v. en art. 53 e.v. Venn.W. De ondernemingskamer in het Hof .../...

265. Volgens de C.A.O.-N.A.R. nr. 9 van 9 maart 1972 (1), waarvan het toepassingsgebied samenvalt met dat van het K.B. 27 november 1973 (2), dient de werkgever de ondernemingsraad bovendien jaarlijks te informeren over de structuur en de evolutie van, en de vooruitzichten inzake tewerkstelling (3). Trimestriëel, en bij elke gelegenheid die zulks vereist, worden deze inlichtingen bijgewerkt en wordt onderzocht in hoeverre hun evolutie overeenstemt met de voorziene planning (4). Deze inlichtingen dienen telkens tijdig verstrekt

(4) ./ van Amsterdam kan, o.a. op verzoek van werknemersverenigingen een of meer personen belasten met een onderzoek van het beleid van de onderneming of bepaalde aspecten ervan. De kamer kan, wanneer uit dat verslag wanbeleid blijkt en er om verzocht wordt, besluiten van de vennootschap schorsen of vernietigen, bestuurders of commissarissen schorsen, ontslaan of tijdelijk aanstellen, tijdelijk afwijken van bepalingen uit de akte van oprichting of de vennootschap ontbinden. Zie over de eerder teleurstellende toepassingsresultaten inzake werknemers: B.S. FRANKEL, Het enquête recht van de vakbonden, N.J.B. 1975, p. 132 e.v.

(1) Algemeen verbindend verklaard door K.B. 12 september 1972 (B.S. 25 november 1972) en gewijzigd door C.A.O.-N.A.R. nr. 15 van 25 juli 1974, algemeen bindend verklaard door K.B. 5 september 1974 (B.S. 9 oktober 1974).

(2) Art. 1.

(3) Art. 5 waarin o.m. gevraagd wordt inlichtingen mee te delen over de verdeling volgens geslacht, leeftijd en kwalificatie van de werknemers, het aantal personen dat vrijwillig en onvrijwillig de onderneming verliet, en zo daarop aangedrongen wordt, de verdeling volgens nationaliteit en anciënniteit van de werknemers, het aantal part-time of door andere ondernemingen ter beschikking gestelde werknemers, de afwezigheidsdagen, het aantal dagen van gedeeltelijke werkloosheid, de overuren.

(4) Art. 6 en 7.

te worden, om een vrije discussie vóór het nemen van beslissingen door de ondernemingsleiding toe te laten (1).

266. Art. 3 van de wet van 28 juni 1966 vraagt de paritaire comité's vast te stellen volgens welke methodes de overheid en werknemers ingelicht moeten worden vóór een sluiting van een onderneming. De Koning kan deze beslissingen algemeen bindend verklaren overeenkomstig art. 12 van de besluitwet van 9 juni 1945. Wanneer de paritaire comité's geen beslissing namen binnen de zes maanden na het inwerking treden van de wet, diende de Koning terzake een regeling te bepalen. De Koning heeft deze informatie modaliteiten bepaald in het K.B. van 20 september 1967 (2).

§ 4. Rechtsmiddelen tot het afdwingen van de besproken bepalingen

267. De inbreuken op het K.B. van 27 november 1973 worden volgens art. 37 opgespoord, vastgesteld en bestraft zoals voorzien in de wet van 20 september 1948. Het K.B. werd trouwens genomen in uitvoering van deze wet (3). Deze wet geeft de Koning de bevoegdheid om bij een in de minister-raad overgelegd K.B. de bevoegdheid te bepalen van de ambtenaren die de regering aanduidt om te waken over de toepassing van de bepalingen inzake ondernemingsraden (4). De ambtenaren van de arbeidsinspectie (inspectie van de sociale wetten) werden met dit nazicht belast. Hun bevoegdheden zijn bepaald door het R.B. van 3 juli 1945 (5) en de wet van 16 november 1972 (6). De ondernemingshoofden, werkgevers, eige-

(1) Art. 3.

(2) Zie hierover F. VAN DE VELDE, Sluiting van ondernemingen, in R. BLANPAIN, Arbeidsrecht (losbl.), II-23, 31 e.v.

(3) Zie o.a. art. 15, 6 van de W. 20 september 1948.

(4) Art. 25.

(5) B.S. 13/14 augustus 1945.

(6) B.S. 8 december 1972. Zie hierover ook art. 26 e.v. van de W. 20 september 1948 en L. CASTELYNS, de inspectie van de sociale wetten, in R. BLANPAIN, Arbeidsrecht, II-26, 9, 15 e.v.

naars, directeurs, aandeelhouders, aangestelden of arbeiders die het door de wet georganiseerde toezicht verhinderen zijn strafbaar volgens art. 33. Artikel 32 van deze wet voorziet een geldboete van 100 BF vermenigvuldigd met het aantal tewerkgestelde arbeiders tot een maximum van 100.000 BF voor ondernemingshoofden die in hun onderneming geen ondernemingsraad opgericht hebben, of er de werking zoals die voorzien is in de wet, van hebben verhinderd. Al de bepalingen van het S.W.B. met inbegrip van hofdst. VII en art. 85 zijn op deze strafbepalingen van toepassing. De ondernemingshoofden zijn burgerlijk aansprakelijk voor de betaling van de geldboeten die opgelegd worden aan hun directeurs, zaakvoerders of aangestelden bij het toezicht of bij het bestuur (1). Ook de wet van 28 juni 1966 voorziet straffen voor wie de werknemers niet tijdig inlicht op de bij de wet voorziene wijze (2).

268. Wanneer een onderneming de vereiste informatie niet verstrekt, kan dus altijd beroep gedaan worden op strafbepalingen voor het instellen van een publieke vordering (3). Deze vordering verjaart na één vol jaar (4). Andere dan strafrechtelijke geschillen over de inlichtingen die aan de ondernemingsraad moeten worden verstrekt, behoren tot de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank van het rechtsgebied waarin de zetel van de onderneming gevestigd is (5). In de hier besproken context zijn vooral de rechtsmiddelen voor het bekomen van de te verstrekken inlichtingen belangrijk. De schade die werknemers eventueel lijden door een laattijdig verstrekken van deze informatie, en de vorderingen tot schadevergoeding waarover zij individueel of anderszins beschikken, worden verder besproken in nr. 512 e.v.

(1) Art. 34.

(2) Art. 27 W. 26 juni 1966, hfst. V S.W.B., is hier niet van toepassing.

(3) C.J. VANHOUDT, o.c., p. 165.

(4) Art. 35 W. 20 september 1948 en art. 31 W. 28 juni 1966.

(5) Art. 24 W. 20 september 1948 en art. 578, 7° en 627, 9° Ger.W.

Afdeling IV. Inlichtingen verstrekt door financiële instellingen

A. Het bankgeheim

269. Een laatste bron van inlichtingen over de algemene financiële toestand van activa zowel als van passiva, die hier even besproken zal worden, zijn de financiële instellingen. Ook wanneer ondernemingen met verschillende financiële instellingen werken kan een bank of een andere financiële instelling meestal een vrij volledig inzicht in haar financiële toestand krijgen via de inlichtingscentra die door de banken werden opgericht (1). Bij het verstrekken van inlichtingen dienen de banken telkens een evenwicht te bewaren tussen een zo goed mogelijk behartigen van de belangen van hun cliënten die om inlichtingen verzoeken, en de discretie die zij verschuldigd zijn tegenover cliënten over wie inlichtingen worden gevraagd. Omdat deze discretieplicht vrij algemeen een essentieel kenmerk van de verhoudingen tussen banken en hun cliënten wordt genoemd (2), is de mate waarin zij inlichtingen verstrekken dus afhankelijk van de mate waarin het bankgeheim hen zulks toelaat.

B. Beperkingen van het bankgeheim

270. Op het juiste juridische karakter van het bankgeheim hoeft hier niet ingegaan te worden (3). Aangenomen wordt dat bankiers in principe de geheimhouding verschuldigd zijn van alle feiten of gegevens die hen toevertrouwd of om andere redenen bekend zijn, of die zij vermoeden, en dit ongeacht het feit dat er tussen hen en de onderneming waarop de inlichtingen

(1) Zie hierover, en over hun ontwikkeling met een rechtsvergelijkend overzicht: A. TIMMERMANS, Les banques en Belgique 1946-1968, Kortrijk 1969, p. 471 e.v. en vooral p. 479 e.v.; en ook G. DE CLERCQ, Zoeklicht op het bankgeheim, Rev. Banque 1973, p. 344; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 121.

(2) Zie bijv. G. DE CLERCQ, o.c., p. 333 e.v., en meer uitgebreid: R. HENRION, Le secret professionnel du banquier, Brussel 1963, p. 15 e.v. en 25 e.v.

(3) Zie hierover de geciteerde studeis van R. HENRION en G. DE CLERCQ.

betrekking hebben, contractuele banden tot stand zijn gekomen of nog bestaan. Over het bestaan van een relatie tussen een bank en een onderneming is geen geheimhouding verschuldigd (1). De regels van het bankgeheim zijn evenwel geen dwingend recht, en gelden slechts voor zover zij niet strijdig zijn met andere bepalingen ter bescherming van het algemeen belang. Hieruit volgt op de eerste plaats dat een onderneming financiële instellingen kan ontslaan van hun geheimhoudingsplicht (2). Henrion en De Clercq vermelden verder eerst de beperkingen ten voordele van personen die zelf in de discretiesfeer blijven zoals de echtgenote, erfgenamen of gekwalificeerde mandatarissen van de belanghebbenden (3). Omdat zij eigenlijk delen in de bescherming van het bankgeheim betekent het verstrekken van inlichtingen aan hen in feite geen beperking ervan.

271. Een volgende groep uitzonderingen die meestal wel een reële beperking van de draagwijdte van het bankgeheim inhouden, volgt uit wettelijke bepalingen. Zij vermelden en bespreken (4):

- de artikelen 458 en 495 S.W.B., samen met 877 Ger.W.;
- de onderzoeksrechten van de belastingadministratie (5);
- de bevoegdheden van het Belgisch-Luxemburgs Instituut voor Wissel, de Bankcommissie en de Nationale Bank;
- de bepalingen inzake bewarend en uitvoerend beslag onder derden, en de procedure van verzet op titels aan toonder waarvan de rechtmatige bezitter ongewild het bezit verloor (6);

(1) R. HENRION, o.c., p. 55 e.v.

(2) R. HENRION, o.c., p. 61 e.v.; zie over de mogelijkheden om het bankgeheim te beperken ook G. DE CLERCQ, o.c., p. 342 en R. HENRION, o.c., p. 65.

(3) G. DE CLERCQ, o.c., p. 432 en R. HENRION, o.c., p. 66 e.v.

(4) G. DE CLERCQ, o.c., p. 342 e.v. en R. HENRION, o.c., p. 71 e.v.

(5) Zie o.a. art. 221 WIB, art. 183 Wb. Reg., art. 100 Wb. art. 105 Wb. Zg.

(6) Art. 1452 en 1539 Ger.W. en art. 13 van de W. 24 juli 1921, B.S. 10 augustus 1921.

- en tenslotte de bevoegdheden van de commissies voor Parlementair onderzoek die over dezelfde bevoegdheden beschikken als een onderzoeksrechter (1).

272. De inlichtingen over transacties van cliënten die door banken verstrekt moeten worden aan het Belgisch-Luxemburgs Instituut voor de Wissel (2), leiden ook niet tot een werkelijke beperking van het bankgeheim omdat zij gegeven moeten worden voor het verkrijgen van een vergunning voor transacties waarvoor de banken een opdracht kregen van de betrokken cliënten. De begunstigde ontsloeg daarom impliciet de bank van haar geheimhoudingsplicht. Hetzelfde geldt voor de inlichtingen die een bank geeft bij het leggen van een bewarend of uitvoerig beslag overeenkomstig artikelen 1452 en 1539 Ger.W. of een beroep op de procedure van verzet op titels aan toonder waarvan de rechtmatige bezitter ongewild het bezit verloor (3). Telkens worden deze inlichtingen gegeven aan iemand die in een door de wet georganiseerde procedure bepaalde rechten op de goederen of inlichtingen verkreeg, en daarom zoals een voogd, voorlopige bewindvoerder of curator ook tot de discretiesfeer behoort.

273. Werkelijke beperkingen van het bankgeheim kunnen daarentegen volgen uit de verplichtingen tot het meedelen van gegevens die opgelegd worden in de andere vermelde bepalingen. Deels dienen zij een doeltreffende controle van de banken toe te laten (4). De inlichtingen moeten dan worden verstrekt aan instellingen die zelf geheimhouding verschuldigd zijn zoals de Bankcommissie en de Nationale Bank. Een inbreuk op het bankgeheim kan hier ook deels worden verantwoord omdat de controle op de activiteit van de banken ingesteld werd om hun cliënten te beschermen. Artikel 38 bepaalt bovendien dat de verslagen aan de Bankcommissie niet mogen

(1) W. 3 mei 1880.

(2) Wetsbesluit 6 oktober 1944, B.S. 7 oktober 1944.

(3) Art. 13 W. 24 juli 1921, B.S. 10 augustus 1921.

(4) Zie o.a. art. 12 en 38 K.B. nr. 185 van 9 juli 1935, B.S. 10 juli 1935.

handelen over de betrekkingen van de bank met een bepaalde cliënt, tenzij verrichtingen hebben plaats gehad die strijdig waren met wetten of besluiten, de cliënt failliet verklaard werd, of aan een gerechtelijk akkoord of een gecontroleerd beheer werd onderworpen, hem uitstel van betaling werd verleend of wanneer de bank tenslotte kredieten toestond die haar liquiditeit in gevaar brengen. Elk van deze uitzonderingen betreft situaties waar de betrekkingen van de bank met de cliënt niet zonder gevaar zijn voor de bank. De andere uitzonderingen dienen het de overheid toe te laten bepaalde van haar opdrachten gemakkelijker te vervullen (gerechtelijk onderzoek, bewijsvoering), of na te gaan in hoeverre rechtsonderhorigen hun verplichtingen tegenover haar nakomen (controlerechten van de belastingadministratie). Hier moet even bij stilgestaan worden omdat in deze alinea's niet alleen nagegaan dient te worden in hoeverre het bankgeheim het verstrekken van inlichtingen over ondernemingen aan geïnteresseerden belet, maar ook in hoeverre het belang van sommigen bij inlichtingen, voorrang krijgt op het bankgeheim. Verder dient immers de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel tot het ambtshalve uitspreken van faillissementen besproken te worden (1). Om deze bevoegdheid naar behoren uit te oefenen kreeg de rechtbank geen bijzondere onderzoeksrechten. Het kan daarom belangrijk zijn te vermelden dat de uitzonderingen op het bankgeheim die De Clercq en Henrion vermelden, steunen op bepalingen die de financiële instellingen expliciet ontslaan van hun geheimhoudingsplicht (2). Zij leiden uit het invoeren van een verplichting tot het meedelen van alle nuttige gegevens voor een onderneming zoals vervat in art. 221 WIB, niet af dat de administratie ook rechtstreeks bij financiële instellingen de gewenste gegevens kan inwinnen (3). Deze kunnen beroep doen op hun beroepsgeheim (4). Arti-

(1) Art. 442 Wb. v. Kph.

(2) Zie bijv. art. 458 en 495 S.W.B., art. 877 Ger.W., de bepalingen van het K.B. nr. 185 van 9 juli 1935 en art. 275 WIB.

(3) G. DE CLERCQ, o.c., p. 344 en R. HENRION, o.c., p. 15 e.v.

(4) R. HENRION, o.c., p. 77.

kel 275 laat de administratie toe zich rechtstreeks tot banken of het Bestuur der Postcheques te wenden bij het onderzoeken van een door de belastingsplichtige ingediende klacht. Een opheffen van het bankgeheim is hier meer verantwoord omdat de belastingsplichtige het initiatief nam tot een procedure waarin zij er zich op beroept dat de administratie zich in rechte of in feite vergiste. Het uitdrukkelijk voorzien van een beroep op financiële instellingen bevestigt ook a contrario dat art. 221 de administratie deze bevoegdheid niet verleent.

274. Een laatste, en in de hier besproken context wellicht meest belangwekkende groep uitzonderingen steunt op beroepsgewoonten, waarvan aangenomen wordt dat zij het algemeen belang dienen (1). De Clercq en Henrion rekenen daartoe het ter beschikking stellen van gegevens aan andere banken, aan hen die zich voor een cliënt borg stellen, of aan andere cliënten. Het doorgeven van inlichtingen aan andere banken wordt meestal geen ernstige beperking van het bankgeheim genoemd omdat deze instellingen zelf tot een zelfde geheimhoudingsplicht gehouden zijn (2). De banken dienen trouwens over deze inlichtingen te beschikken om in het belang van hun cliënten het opnemen van onverantwoorde risico's te kunnen vermijden. Hierbij kan nochtans opgemerkt worden dat indien alleen banken of andere financiële instellingen over dergelijke inlichtingen kunnen beschikken, zulks de gelijkheid van schuldeisers vóór het failliet verklaren van een onderneming schaadt. Banken kunnen zo faillissementen beter ontwijken dan andere ondernemingen. Dit bezwaar valt weg wanneer de banken die inlichtingen meedelen aan al wie met de betrokken onderneming contracteren wil. In dat geval zou het bankgeheim nochtans vrijwel volledig opgeheven worden. Toch neemt men aan dat banken andere ondernemingen dis-

(1) G. DE CLERCQ, o.c., p. 343.

(2) R. HENRION, o.c., p. 87 e.v.

creet algemene inlichtingen mogen verschaffen over solvabiliteit, reputatie en technische bekwaamheid van cliënten, ook zonder hun uitdrukkelijke toestemming (1). Specifieke gegevens die hen confidentieel werden toevertrouwd, mogen zij daarbij rechtstreeks, noch impliciet meedelen. Deze beperking van het bankgeheim die dus een delicate appreciatie van de financiële instellingen vraagt, wordt verdedigd omwille van de gunstige invloed die er van uit zou gaan op de sanering van het toekennen van kredieten (2). Een dergelijke redenering kan er op wijzen dat ook de rechtbank van koophandel en de door hen opgerichte depistage diensten de banken om inlichtingen kunnen verzoeken: ook zij vragen slechts inlichtingen om verstoringen van het sociaal-economisch leven te vermijden of te beperken, en zijn tot geheimhouding van de verkregen inlichtingen gehouden. Het feit dat uit de vorige alinea blijkt dat een beperking van het bankgeheim voor overheidsorganen op uitdrukkelijke bepalingen steunt, doet hier geen afbreuk aan. De bevoegdheid van de rechtbank van koophandel zou uitgeoefend worden ter bescherming van het economisch leven, en niet om gegevens te verkrijgen over het economisch leven die nodig zijn om andere overheidsfuncties naar behoren te vervullen. De inlichtingen dienen dus niet gebruikt te worden in situaties waar het belang van de overheid tegengesteld is aan dat van de onderneming, maar in gevallen waar het niet eens duidelijk is dat het belang van de te beschermen schuldeisers, werknemers en minoritaire aandeelhouders wel strijdig is met dat van de onderneming over wie inlichtingen worden gevraagd.

C. Rechtsmiddelen ter bescherming van het evenwicht

1) voor het afdwingen van het bankgeheim

275. Of het bankgeheim strafrechtelijk beschermd wordt door art. 458 S.W.B. wordt betwist (3).

(1) Zie over eventuele stilzwijgende toestemming, en briefhoofden: L. FREDERICQ, Traité de droit commercial, IX, p. 153.

(2) R. HENRION, o.c., p. 84 e.v.; G. DE CLERCQ, o.c., p. 344. Zie in dezelfde zin over de verhouding tussen het bankgeheim .../...

276. De opvatting dat ook het bankgeheim gesanctioneerd wordt door art. 458 S.W.B. wint nochtans veld. Omdat particulieren in een toenemend aantal gevallen haast gedwongen zijn om beroep te doen op een financiële instelling wegens een wettelijk monopolie (1), en niet betwist wordt dat een bank vertrouwelijke inlichtingen ontvangt, krijgen banken steeds meer het karakter van "noodzakelijke vertrouwenspersonen" dat het Hof van Cassatie noodzakelijk acht voor het toepassen van art. 458 S.W.B. (2). Al ontbreekt een beslissende uitspraak nog, de kansen nemen dus toe dat een benadeelde beroep kan doen op art. 1382 e.v. B.W. door zich burgerlijke partij te stellen bij de onderzoeksrechter of de financiële instelling te dagvaarden voor de strafrechter (3). Deze vordering verjaart na vijf jaar (4).

277. Indien art. 458 S.W.B. niet van toepassing is, is de juridische grondslag voor een vordering tot schadevergoeding wegens een inbreuk op het bankgeheim minder duidelijk. De aansprakelijkheid tegenover de onderneming over wie inlichtingen werden gegeven bij het geven van inlichtingen, wordt zelf niet betwist (5). Wanneer juiste of onjuiste inlichtingen

(2) ./ en de informatie aan klanten: A. BARCHEWITZ, Das Bankrecht, Hamburg 1966, p. 43 e.v.

(3) G. DE CLERCQ, o.c., p. 334 e.v.; R. HENRION, o.c., p. 42 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., III, p. 290, nr. 2049.

(1) Zie bijv. de bij G. DE CLERCQ, o.c., p. 336 vermelde reglementeringen.

(2) Cass. 20 februari 1905, Pas. 1905, I, 141, besproken door de vermelde auteurs. Zie hierover ook in het bijzonder: L. TALLON-CHANTRAINE, Le secret professionnel du banquier en droit belge, J.T. 1974, p. 421 e.v.

(3) C.J. VANHOUDT, o.c., p. 165.

(4) Art. 26 inl. titel Wb. Sv.

(5) Zie o.a. L. FREDERICQ, Traité, IX, p. 151 b en J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., III, p. 432, nr. 2231.

met miskenning van het bankgeheim verstrekt worden, is de financiële instelling ongeacht de toepasbaarheid van art. 458 S.W.B. contractueel aansprakelijk. De geheimhoudingsplicht maakt immers deel uit van de verbintenissen die volgen uit het contract tussen een financiële instelling en haar cliënten (1). Vrij algemeen wordt aangenomen dat de gemeenrechtelijke contractuele aansprakelijkheidsregels van toepassing zijn (2). De financiële instellingen zijn daarom indien niet anders is overeengekomen, aansprakelijk voor elke culpa levis in abstracto (3) die, vermits er geen redenen zijn om aan te nemen dat de geheimhoudingsplicht een inspanningsverbintenis inhoudt, vermoed wordt bij een indiscretie (4). Deze vordering verjaart in principe na dertig jaar (5). Wanneer art. 458 S.W.B. van toepassing is, geldt nochtans ook als er geen beroep wordt gedaan op art. 1382 B.W. en 458 S.W.B., de verjaringsregeling van het Wb. Sv. (6). De vordering verjaart dan na vijf jaar (7).

278. De vraag, of het schenden van het bankgeheim door het meedelen van overigens juiste inlichtingen, een onrechtmatige daad uitmaakt, indien art. 458 niet van toepassing is, wordt niet beantwoord door de rechtsleer (8). Indien de mee-

(1) L. FREDERICQ, o.c., IX, p. 153; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., III, p. 423, nr. 2231.

(2) Zie o.a. L. FREDERICQ, Traité, IX, p. 153; G. DE CLERCQ, o.c., p. 337 en 338 en R. HENRION, o.c., p. 40 e.v. waar ook andere rechtsgronden worden onderzocht; en over de oneratie-clausule en algemene bankvoorwaarden: G. DE CLERCQ, o.c., p. 339 en L. FREDERICQ, Traité, IX, p. 150 e.v.

(3) H. DE PAGE, o.c., II, p. 580, nr. 588.

(4) H. DE PAGE, o.c., II, p. 591, nr. 596 e.v.

(5) Art. 2262 B.W.

(6) Zie o.a. Brussel, 31 maart 1960, Pas. 1960, II, 54.

(7) Zie art. 26 inl. titel Wb. Sv.

(8) J. VAN RYN en J. HEENEN spreken maar van een burgerlijke aansprakelijkheid bij een schending van het bankgeheim indien dit door art. 458 S.W.B. gesanctioneerd wordt; zie III, nr. 2231, p. 423.

gedeelde inlichtingen bovendien onjuist zijn, en alleen al daarom de betrokken onderneming schaden, kan de financiële instelling aansprakelijk zijn volgens art. 1382 e.v. (1). Volgens een vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie kunnen de benadeelden dan naar keuze vorderen op grond van art. 1382 of 1146 e.v. B.W., omdat de niet nagekomen verbintenis niet van louter contractuele oorsprong is (2). Eenmaal aangenomen dat art. 1382 van toepassing kan zijn, is immers impliciet erkend dat financiële instellingen ook buiten contractuele verhoudingen tot het bewaren van een bepaalde discretie zijn gehouden.

279. Het belang van de optiemogelijkheid zou in een verschil in de omvang van de vergoedbare schade liggen: volgens art. 1150 B.W. kan alleen de bij het sluiten van de overeenkomst voorzienbare schade vergoed worden, terwijl volgens art. 1382 e.v. B.W. elke geleden schade kan worden vergoed. Een juiste vergelijking van beide vergoedingsmogelijkheden is dus afhankelijk van de appreciatie van de voorzienbaarheid van de geleden schade. Het belang van optiemogelijkheid mag daarom niet worden overdreven omdat het onderscheid tussen beide aansprakelijkheidsregelingen niet altijd zo groot is als men misschien verwacht (3).

2) bij een opdracht voor het verstrekken van inlichtingen

280. Tot nu toe werden alleen vorderingen besproken om het respecteren van het bankgeheim te waarborgen. Er dient hier misschien even vermeld te worden dat de onderneming die

(1) L. FREDERICQ, Traité, IX, p. 151 en J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., III, p. 423, nr. 2231, achten een aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad ook zonder schending van het bankgeheim mogelijk indien de onderneming schade lijdt wegens onjuistheden in de meegedeelde gegevens.

(2) Zie H. DE PAGE, o.c., II, p. 898, nr. 925 en Cass. 4 juni 1971, R.W. 1971-1972, kol. 371.

(3) Zie voor een waarschuwing tegen het overdrijven van het belang van dit onderscheid bijv. W. VAN GERVEN, Algemeen overzicht van en actuele tendensen in het aansprakelijkheidsrecht, gezien .../...

een financiële instelling uitdrukkelijk opdraagt desgevraagd bepaalde inlichtingen over haar te verstrekken, van de financiële instelling de mededeling kan vorderen van inlichtingen over haar.

Tegenover de onderneming die uitdrukkelijk vraagt bepaalde inlichtingen over haar te verstrekken, is de aansprakelijkheid van de bank contractueel. Zonder deze opdracht zou het de financiële instelling zelfs verboden zijn om die inlichtingen mee te delen. Wie om de inlichtingen verzoekt is daarentegen geen partij bij de "overeenkomst" waarin de financiële instelling de opdracht krijgt die gegevens te verschaffen aan wie daarom vraagt. Omdat een dergelijke overeenkomst zo geïnterpreteerd kan worden dat zij een beding ten behoeve van derden bevat, is een beroep op de contractuele aansprakelijkheid ook voor wie om de inlichtingen vraagt, niet a priori uitgesloten (1). Wie om inlichtingen vraagt kan ook op grond van art. 1382 e.v. B.W. bij wijze van schadevergoeding het meedelen ervan vorderen, waarbij de financiële instelling slechts het meedelen van deze gegevens kan weigeren door een contractuele wanprestatie tegenover haar cliënt. Art. 1382 e.v. organiseren een aansprakelijkheid voor een culpa levissima, indien niet anders werd overeengekomen (2).

3) bij het verlenen van onjuiste inlichtingen

281. Tenslotte, kunnen beide partijen niet alleen schade lijden door het verstrekken van inlichtingen die niet verstrekt mogen worden, of het niet doorgeven van inlichtingen die doorgegeven moeten worden, maar ook door het doorgeven van onjuiste, onbetrouwbare gegevens.

(3) ./.. in verband met de medische sector, Acta Hospitalia, vol. XII, nr. 3, p. 22 e.v.

(1) Zie over het beding ten behoeve van derden als uitzondering op de regel van art. 1165 B.W.: H. DE PAGE, o.c., II, p. 615, nr. 613 e.v., en over de eisen waaraan een beding ten behoeve van derden dient te voldoen: H. DE PAGE, o.c., II, p. 647, nr. 654 e.v.

(2) H. DE PAGE, o.c., II, p. 937, nr. 941 e.v.

282. De onderneming over wie inlichtingen werden gevraagd kan volgens Fredericq en Van Ryn en Heenen beroep doen op art. 1382 B.W. om vergoeding te vorderen van de schade die zij daardoor leed (1). Fredericq acht de financiële instelling in principe alleen burgerlijk aansprakelijk omdat de onderneming over wie inlichtingen verstrekt werden geen partij was bij de overeenkomst over het geven van informatie. Wanneer de financiële instelling bovendien het bankgeheim miskennde, is zij ook contractueel aansprakelijk (cfr. supra). Na het voorgaande dient hier aan toegevoegd te worden dat zij ook contractueel of burgerlijk aansprakelijk kan worden gesteld wanneer zij van haar cliënt opdracht kreeg om bepaalde gegevens te verspreiden. Bovendien kan de vraag worden gesteld of zij deze gegevens niet altijd verstrekt op grond van haar contractuele band met haar cliënteel, en haar cliënteel aan het contract met de bank het recht ontleent op het verspreiden van juiste inlichtingen (indien het contractuele bankgeheim het verstrekken van inlichtingen toelaat). De onderneming waarover inlichtingen worden verstrekt kan dan altijd een beroep doen op de contractuele aansprakelijkheid van de bank.

283. Tegenover de ondernemingen aan wie inlichtingen werden doorgegeven, is een financiële instelling contractueel aansprakelijk. De onderneming is als zij overeenkomt bepaalde gegevens te verstrekken evenwel alleen gehouden tot het medelen van wat haar bekend is. De regels van contractuele inspanningsverbintenissen zijn daarom van toepassing (2).

284. Deze vorderingen verjaren allen na 30 jaar (3), tenzij ook het bankgeheim geschonden is en aangenomen wordt dat een schending van het bankgeheim wordt gesanctioneerd door art. 458 S.W.B. (4).

(1) L. FREDERICQ, Traité, IX, p. 151; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., III, p. 423, nr. 2231.

(2) Zie FREDERICQ, Traité, IX, p. 149; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., III, p. 422, nr. 2230; en over het onderscheid tussen inspanningsverbintenissen en resultaatverbintenissen: H. DE PAGE, o.c., II, p. 591 e.v., nr. 596.

(3) Art. 2262 B.W.

(4) Zie nr. 275.

Afdeling V. Publiciteit inzake voorrechten en hypotheke

285. In de vorige afdelingen werden informatienormen besproken die een algemeen overzicht kunnen geven over de toestand van een onderneming. In deze afdeling wordt nagegaan in hoeverre belanghebbenden een overzicht kunnen hebben van de bevoorrechte schuldvorderingen. Zij krijgen zo onrechtstreeks wel een indruk over de algemene positie van een onderneming. Maar deze inlichtingen dienen hen vooral toe te laten na te gaan in hoeverre de aanwezige activa nog als effectief verhaalsobject voor hun vorderingen kunnen worden beschouwd bij het aangaan van verbintenissen met een onderneming, en welke garanties zij nog kunnen bedingen.

286. Om onmiddellijk een beeld te krijgen van de belangrijkheid van de besproken voorrechten en hypotheke, en dus van de behoefte aan publicatievoorschriften, zal bij het bespreken van deze voorschriften de rangorde van de voorrechten en hypotheke worden gevolgd. Het is evenwel moeilijk een algemeen geldende rangorde op te stellen. In de praktijk zal ook meestal slechts tussen een beperkt aantal bevoorrechte schuldvorderingen een rangregeling opgesteld worden. Omdat een grondige studie van de voorrechten en hypotheke buiten het kader van het hier besproken onderwerp valt, zal vooral gesteund worden op de rangregeling die voorgesteld wordt door R. Derycke (1) en A. Cloquet (2). Achtereenvolgens zullen de voorrechten en andere bevoorrechte vorderingen waarbij roerende en onroerende goederen tot verhaalsobject strekken, worden besproken. Bij elk van deze vorderingen zal zeer schematisch de omvang van de vorderingen (oorsprong van de verbintenis, beperking naar de tijd) en het verhaalsobject worden vermeld. De vorderingen waarover belanghebbenden beschikken wanneer de voorziene publicatievoorschriften niet zijn nageleefd, zullen onmiddellijk worden vermeld. In een laatste paragraaf zal even worden stilgestaan bij internationale aspecten van voorrechten en hypotheke voor wie contracteert met buitenlandse ondernemingen in België, of Belgische ondernemingen met activa in het buitenland.

(1) R. DERYCKE, Voorrechten, A.P.R., Gent 1958.

(2) A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1822 e.v.

§ 1. Voorrechten op roerende goederen

- 1) voorrecht van de administratie der Douanen
en Accijnzen

en

- 2) magazijnrechten (1)

287. Naast het algemeen voorrecht op de roerende goederen en de wettelijke hypotheek die verder besproken zullen worden, heeft de administratie een bijzonder voorrecht op de goederen van een belastingplichtige die zich op zijn naam in een douanepost bevinden, ten belope van de op die goederen verschuldigde douane en accijnsrechten en de magazijnkosten(2).

288. Voor dit voorrecht is geen bijzondere publiciteit georganiseerd. Hieraan bestaat ook geen bijzondere behoefte vermits de goederen zich nog in depot bevinden, en dus nog niet zijn geïntegreerd in het patrimonium van de schuldenaar. De administratie beschikt trouwens over een retentierecht.

- 3) de gerechtskosten (art. 18 en 19 Hyp.W.)

289. Dit voorrecht kan, zoals verder nog zal worden vermeld, uitgeoefend worden op de roerende en de onroerende goederen. Het is nochtans niet zonder meer duidelijk dat het op alle roerende en onroerende goederen betrekking heeft. Derycke sluit het niet uit dat het alleen uitgeoefend kan worden op de goederen waarvoor de gerechtskosten werden gemaakt. Hij deelt daarbij de opvatting van De Page (3). Het voorrecht geldt ten belope van de kosten die in het gemeenschappelijk belang van de schuldeisers werden gemaakt om bij te dragen tot het behoud van het verhaalsobject, of die gemaakt werden

(1) Art. 290, §2 W. 26 augustus 1922 en art. 33 e.v. van de besluitwet nr. 75 van 30 november 1939, B.S. 2 december 1939.

(2) Zie M. FEYE en C. CARDYN, Procédure fiscale contentieuse, 2) uitg., Brussel 1958, p. 360, nr. 338 en p. 386, nr. 359.

(3) Zie R. DERYCKE, o.c., nr. 20 en H. DE PAGE, o.c., VII, 1937, p. 46, nr. 44. Zie in dezelfde zin ook A. CLOQUET, Novelles, nr. 1841.

om het verhaalsobject te gelde te maken (1). Over de daarvoor in aanmerking komende kosten blijkt ook geen eensgezindheid te bestaan. Volgens Cloquet zijn buitengerechtelijke kosten zoals notariskosten die bij de verkoop van een onroerend goed gemaakt werden, uitgesloten (2). Volgens Derycke zijn deze kosten wel bevoorrecht (3). De Page spreekt zich op dit punt niet duidelijk uit, en acht sommige bijzondere kosten bevoorrecht wanneer de rechter zulks beveelt, en andere niet bevoorrecht (4). Zij zijn alleen bevoorrecht ten aanzien van de schuldeisers in wier belang zij zijn gemaakt.

290. Er is geen publiciteit voorzien. De mate waarin men er de omvang van kan ramen zal verder blijken uit de afdeling over de inlichtingen waarover men kan beschikken over tegen een onderneming ingespannen procedures. Bovendien betreft het bij hypothese onkosten die werden gemaakt in het belang van de schuldeisers, en die het verhaalsobject dus meer beschermen dan belasten.

4) verzekeringspremies (W. 11 juni 1874, art. 23)

291. De verzekeraar heeft een voorrecht op de verzekerde zaak voor de nog aan hem verschuldigde premies ten belope van twee annuïteiten (5).

292. Voor dit voorrecht is geen publiciteit voorzien. De beperking van het voorrecht tot twee annuïteiten vermindert ook de behoefte aan een duidelijk inzicht in de belasting van het patrimonium van een schuldenaar door dit voorrecht. De mate waarin de rechten van derden er door worden geraakt, wordt bovendien

(1) A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1842 e.v.; R. DERYCKE, o.c., nr. 20.

(2) A. CLOQUET, Novelles, nr. 1847.

(3) R. DERYCKE, o.c., nr. 20 in fine.

(4) H. DE PAGE, o.c., VII, zie o.a. nrs. 34, 49, 50 en 53.

(5) A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1850 e.v. en R. DERYCKE, o.c., nrs. 199 e.v.

beperkt omdat het alleen kan worden uitgeoefend op het verzekerde voorwerp. De premies van aansprakelijkheidsverzekeringen zijn daarom volgens Cloquet niet bevoorrecht (1).

- 5) kosten gemaakt voor het behoud van de zaak
(Hyp.W. art. 22 en 25)

293. De kosten die gemaakt werden voor het behoud van bepaalde goederen zolang deze goederen zich nog in het patrimonium van de schuldenaar bevinden en niet onherkenbaar werden vervormd of onroerend werden door bestemming of incorporatie (2). Het voorrecht kan slechts worden uitgeoefend op de goederen waarvoor de kosten werden gemaakt. Het heeft in principe slechts voorrang op de eerder op de betrokken goederen ontstane voorrechten (3).

294. Voor dit voorrecht werd geen publiciteit georganiseerd, omdat de kosten bij hypothese gemaakt werden voor het behoud van het goed. Zoals voor 3) en 4) kunnen deze kosten, en dus het voorrecht niet zonder meer als een verarming worden beschouwd. Integendeel, de schuldeisers worden als groep sterker benadeeld wanneer iedereen weigert opdrachten te aanvaarden voor het instandhouden van het verhaalsobject, uit vrees voor een dreigende insolventie van de schuldenaar.

- 6) schuldvorderingen van commissionairs op
commitenten (art. 16 en 17 W. 5 mei 1872, B.S.
7 mei 1872)

295. Commissionairs hebben een voorrecht op de goederen van de commitent die zij onder zich houden, ten belope van de leningen, voorschotten of betalingen, aangegaan, betaald of gedaan als commissionair (4).

(1) A. CLOQUET, Novelles, nr. 1853.

(2) A. CLOQUET, Novelles, nr. 1857 e.v. en R. DERYCKE, o.c., nrs. 126 e.v.; zie daar ook de uitzonderingen en andere beperkingen van het besproken voorrecht.

(3) Zie H. DE PAGE, o.c., VII, nrs. 196 e.v.; R. DERYCKE, o.c., nrs. 124 en 243.

(4) H. DE PAGE, o.c., VII, nrs. 259 e.v.; R. DERYCKE, o.c., nrs. 181 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 291 e.v.

296. Er is geen publiciteit voorzien. Misschien mag de behoefte daaraan ook geringer worden geacht omdat het voorwerp uitsluitend goederen omvat die zich niet in het bezit van de schuldenaar bevinden, maar van een commissionair die per definitie in eigen naam optreedt.

- 7) a. schuldvordering van de waard of logementhouder (art. 20, 6° Hyp.W.)
- b. schuldvordering van de vervoerder (art. 20, 7° Hyp.W.)
- 8) a. schuldvordering van de pandhoudende schuldeiser (art. 20, 3° Hyp.W.)

297. Deze voorrechten hebben elk goederen tot voorwerp die zich niet in het bezit van de schuldenaar maar in dat van de schuldeiser bevinden. De vorderingen van de vermelde schuldeisers zijn bevoorrecht ten belope van de vorderingen die volgen uit de prestaties van de hotelhouder, de vervoers- en de bevrachtungskosten voor de goederen die het voorwerp zijn van het voorrecht, of de vorderingen waarvoor het pand werd gegeven. De periode waarin het voorrecht kan uitgeoefend worden is telkens beperkt tot de periode waarin de schuldeiser het voorwerp in zijn bezit heeft (1).

298. Voor deze voorrechten is geen publiciteit voorzien dan deze die volgt uit het bezit van het voorwerp door de schuldeiser (2).

(1) Zie H. DE PAGE, o.c., VII, nrs. 227 e.v. voor de waard en de logementhouder, nrs. 236 e.v. voor de vervoerder; en R. DERUYCKE, o.c., nrs. 108 e.v. voor de pandhoudende schuldeiser, nrs. 153 e.v. voor de waard en de logementhouder, en nrs. 160 e.v. voor de vervoerder; zie voor het pand verder Boek I, titel VI (W. 5 mei 1872) betreffende het handelspand en L. FREDERICQ, o.c., I, p. 399, nrs. 460 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 445 e.v.; R. MORETUS-PLANTIN, Bezitloos pandrecht, Brussel 1970, p. 141, nrs. 200 e.v.

(2) Zie over de wijze waarop het pand tot stand komt: L. FREDERICQ, o.c., I, p. 402, nr. 403; R. MORETUS-PLANTIN, o.c., nrs. 201 en 203 op p. 142 en 144 e.v.

- 8) b. en c. betreffende voorrechten die niet tegenover handelaars ingeroepen kunnen worden
 d. voorrecht van slachtoffers van ongevallen
 (art. 20, 9° Hyp.W.)

299. Dit voorrecht beschermt de vorderingen van slachtoffers van ongevallen op hen die voor het vergoeden van de schade aansprakelijk zijn, ten belope van de vergoeding die een verzekeraar aan deze schuldenaar als verzekerde verschuldigd is. Dit voorrecht heeft aan belang verloren sinds de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor motorvoertuigen een rechtstreekse vordering op de verzekeraar toekende aan de slachtoffers (1). Het leidt bovendien niet tot een werkelijke verarming, maar tracht slechts het vlot verloop van bepaalde transferten te waarborgen. Indien deze vergoedingen bij faillissement van de verzekerde in de massa vielen, zou een samenloop ontstaan tussen schuldeisers met vorderingen van een verschillende aard (2).

- 9) a., b. en c. betreffen voorrechten die slechts uitgeoefend kunnen worden tegenover ondernemingen die hier niet verder zullen worden besproken omdat tegenover hen bijzondere bepalingen van toepassing zijn (cfr. infra)

- 10) voorrecht van de begrafenis kosten (art. 19, 2° Hyp.W.)

300. Voor dit voorrecht is geen bijzondere publiciteit georganiseerd. Wegens de meestal betrekkelijk geringe vorderingen die erdoor bevoorrecht worden, zal het hier niet verder worden besproken.

- 11) betreft een voorrecht dat alleen tegenover landbouwers uitgeoefend kan worden

(1) B.S. 25 juli 1956.

(2) Zie over dit voorrecht verder: H. DE PAGE, o.c., VII, nrs. 251 e.v.

- 12) huur (en pacht-) prijzen (art. 20, 1° en art. 23 Hyp.W.)

301. De verhuurder heeft een voorrecht op de voorwerpen die zich in het verhuurde goed bevinden ten belope van de vervallen huurprijzen van de laatste twee vervallen jaren en het lopende jaar. Daarbij komen voor huurcontracten zonder vaste datum de huurprijzen van het jaar dat volgt op het lopende jaar, en voor de contracten met vaste datum, de huurprijzen voor de jaren dat het contract nog lopen zal (1).

302. Dit voorrecht kan aanzienlijke schuldvorderingen betreffen en bij sommige ondernemingen ook een belangrijk deel van het patrimonium tot voorwerp hebben. Er is geen publiciteit voorzien. Dikwijls kan evenwel uit de jaarrekeningen worden afgeleid dat de onroerende goederen die de onderneming gebruikt, haar eigendom niet zijn. In dat geval kan een belanghebbende zich wenden tot het kadaster of een andere informatiebron, om te vernemen wie eigenaar is van de gebouwen of gronden. De eigenaar is evenwel niet verplicht belangstellenden mee te delen of en in welke mate de huurder zijn verbintenissen nakomt, om na te kunnen gaan of de verhuurder over een bevoorrechte schuldvordering beschikt.

- 13) dit voorrecht kan alleen tegenover landbouwondernemingen uitgeoefend worden

- 14) schuldvordering van de niet betaalde verkoper van roerende goederen (art. 20, 5° Hyp.W.)

303. De niet betaalde verkoper van roerende goederen beschikt tegenover de koper over een voorrecht op de niet betaalde goederen ten belope van de nog te betalen prijs (2). Normaal vervalt het voorrecht wanneer het voorwerp onroerend wordt door bestemming of incorporatie. Op deze regel wordt een uitzondering gemaakt voor machines, toestellen, gereedschappen en ander bedrijfsuitrustingsmateriaal, gebruikt in nijverheids-, handels- en ambachtsondernemingen.

(1) H. DE PAGE, o.c., VII, nrs. 132 e.v.; R. DERYCKE, o.c., nrs. 75-103.

(2) Zie voor een uitvoerige bespreking H. DE PAGE, o.c., VII, nrs. 207 e.v. en R. DERYCKE, o.c., nrs. 130 e.v. en vnl. nrs. 134 e.v.

304. Daartoe dient de factuur of een copie van de verkoop-overeenkomst binnen de vijftien dagen na de levering neergelegd te worden op de griffie van de rechtbank van koophandel voor het rechtsgebied waarin de schuldenaar gevestigd is. Het voorrecht kan dan na het neerleggen uitgeoefend worden in een periode van vijf jaar die begint bij de levering. Zonder het neerleggen van de overeenkomst of de factuur kan het niet uitgeoefend worden.

305. Na de cassatiearresten van 28 september (1) mag veilig aangenomen worden dat het voorrecht van de niet betaalde verkoper voorrang heeft op dat van de houder van een pand op de handelszaak, ook als de factuur of de koopovereenkomst na het inschrijven van de pandakte door de hypotheekbewaarder neergelegd werd op de griffie. De rangorde die Derycke voorstelt kan dan ook op dit punt niet meer gevolgd worden.

15) de pandhouder op een handelszaak (W. 25 oktober 1919, B.S. 21 november 1919)

306. Het pand op de handelszaak vestigt een voorrecht op wat tot de handelszaak gerekend wordt (2) ten belope van het in de akte vermelde bedrag (3).

307. Een handelszaak kan alleen in pand worden gegeven in een onderhandse of authentieke akte die de in art. 4 van de wet van 25 oktober 1919 vermelde gegevens bevat. De akte moet worden ingeschreven in het kantoor van de hypotheekbewaarder van het arrondissement waarin de handelszaak gelegen is, in een daartoe bestemd register (4). Zonder deze inschrijving is het pand niet tegenstelbaar aan derden (5).

(1) Zie J.T. 1972, p. 635 e.v. met noot in J.T. 1972, p. 744. Zie ook W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 153 e.v.

(2) Zie hierover L. FREDERICQ, o.c., I, p. 409, nr. 471, en over de handelszaak, p. 133 e.v., nrs. 134 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 450; zie ook Cass. 26 mei 1972, J.T. 1972, p. 623 met noot A. BRUYNEEL.

(3) Zie art. 3 en 4, 5° W. 25 oktober 1919.

(4) Art. 4 van vermelde wet.

(5) R. DERYCKE, o.c., nr. 114; L. FREDERICQ, o.c., II, nr. 474, p. 411; R. MORETUS-PLANTIN, o.c., p. 172, nr. 238.

Door de inschrijving kan het voorrecht tien jaar worden uitgeoefend (1). Tenslotte kan worden opgemerkt dat een handelszaak alleen in pand kan worden gegeven aan erkende banken of kredietinstellingen (2), en dus ook via de in de vorige afdeling besproken kanalen inlichtingen over het pand op een handelszaak kunnen worden verkregen.

- 16) a. voorrecht tot zekerheid van de schuldvordering die volgt uit het overtreden van de reglementering inzake openbare autobus- en autocar-diensten en het taxibedrijf (Besl.W. 30 december 1946)

en

- b. schadevergoeding verschuldigd bij inbreuk op de reglementering van het vervoer (Besl.W. 5 maart 1936, art. 11)

308. De benadeelden aan wie ten laste van de overtreders van deze reglementeringen een schadevergoeding werd toegekend, kunnen een voorrecht uitoefenen op de voertuigen waarmee de overtreding werd begaan (3).

309. Voor dit voorrecht is geen bijzondere publiciteit georganiseerd vermits de vordering volgt uit een vonnis dat normalerwijze publiek werd uitgesproken (4). Bovendien wordt iedereen geacht te weten dat voor deze bedrijfsactiviteiten een vergunning vereist is. Wie contracteert met een onderneming die deze machtiging niet bezit, kan dus verwachten dat het patrimonium van zijn debiteur bezwaard kan worden met de hier besproken voorrechten. In hoeverre deze juridische veronderstellingen in de praktijk bewaarheid worden is afhaneklijk van de publiciteit die een door concurrenten ingestelde vordering tot schadevergoeding krijgt.

(1) Art. 9 van vermelde wet, zoals gewijzigd door art. 2 K.B. nr. 282 van 30 maart 1936, B.S. 7 april 1936.

(2) Art. 7 van vermelde wet.

(3) Zie R. DERYCKE, o.c., nrs. 225 e.v.

(4) Zie art. 757 Ger.W.

17) kosten van de laatste ziekte

310. Dit voorrecht dat alleen tegenover niet-geïncorporeerde ondernemingen uitgeoefend kan worden, wordt hier niet verder besproken. Zoals voor de begrafenis-kosten kan wel terloops worden opgemerkt dat de ziekte en het overlijden van een contractspartner meestal niet geheel onopgemerkt blijft door zijn handelsrelaties.

18) lonen, wedden, salarissen, vergoedingen en vacantiégeld van aangestelden (art. 19, 4° Hyp.W.)

311. De werknemers bedoeld in art. 1 W. 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon zijn bevoorrecht op alle roerende goederen van de werkgever ten belope van het loon dat hen nog is verschuldigd in de zin van art. 2 W. 12 april 1965 tot een bedrag van 300.000 BF (deze beperking geldt niet inzake de vergoedingen die bij het beëindigen van een dienstbetrekking verschuldigd zijn) (1).

312. Voor dit voorrecht is geen publiciteit georganiseerd. Maar meestal krijgen betalingsmoeilijkheden waarvan ook het personeel het slachtoffer wordt, nogal wat ruchtbaarheid waarna belanghebbenden zich verder kunnen informeren over de financiële toestand van de werkgever. Bovendien dienen schulden uit bezoldigingen samen met andere sociale bijdragen en belastingen vermeld te worden in de balans van ondernemingen waarop het K.B. van 8 oktober 1976 van toepassing is (2).

19) vergoedingen voor arbeidsongevallen:
zie bij analogie 8 d.

20) schuldvorderingen van verzekeringsondernemingen tegenover de uitbaters van steenkoolmijnen (pensioenen van mijnwerkers) (art. 19, 4° bis Hyp.W.) (3).

(1) Zie voor verdere gegevens betreffende de juiste omvang van de bevoorrechte vorderingen enz.: H. DE PAGE, o.c., VII, nrs. 83 e.v. en R. DERYCKE, o.c., nrs. 46 e.v. en de W. 13 januari 1977 (B.S. 25 januari 1977) besproken door J. KOKELENBERG, Het voorrecht van de werknemers: anders en (misschien) beter, R.W. 1977-1978, 589 e.v.

(2) Zie bijlage Balans, post nr. 2939.

(3) R. DERYCKE, o.c., nrs. 57 en 58.

- 21) bijdragen betreffende ouderdomspensioenen van arbeiders en bedienden (art. 19, 4° ter Hyp.W.) (1)
- 22) bijdragen betreffende de kinderbijslagen voor loontrekkenden (art. 19, 4° quater Hyp.W.) (2)
- 23) bijdragen aan de R.M.Z. (art. 19, 4° quinquies Hyp.W.)

313. De betrokken verzekeringsinstellingen beschikken allen over een algemeen voorrecht op de roerende goederen van hun aangeslotenen of verzekerden ten belope van de nog door hen verschuldigde premies. De R.M.Z. kan haar voorrecht slechts uitoefenen ten belope van de voor de laatste drie jaar verschuldigde bijdragen.

314. Voor deze voorrechten is geen publiciteit georganiseerd. Vooral de R.M.Z. wordt nochtans algemeen tot de belangrijkste van alle bevoorrechte en chirografaire schuldeisers bij een faillissement gerekend. Het hoeft daarom niet te verwonderen dat er sinds lang op aangedrongen wordt om het voorrecht van de R.M.Z. te beperken om haar tot een sneller ingrijpen aan te zetten. Vrij algemeen wordt de R.M.Z. immers verweten dat zij, beschermd door haar voorrecht, nalaat tijdig te vorderen waardoor haar vordering oploopt tot een bedrag dat een faillissement onvermijdbaar maakt en het patrimonium bovendien zo belast dat de chirografaire schuldeisers nog slechts een symbolisch dividend kunnen ontvangen. In de laatste voorstellen werd daarom aangedrongen op een beperking van het voorrecht tot de bijdragen die verschuldigd zijn voor het laatste trimester of de laatste zes maanden (3). De auteurs van deze voorstellen hopen zo niet alleen de omvang van de vorderingen van de R.M.Z. te drukken, maar ook het tijdig detecteren van ondernemingen met financiële moeilijkheden te bevorderen (4).

(1) R. DERYCKE, O.C., nr. 59.

(2) R. DERYCKE, O.C., nrs. 60 en 61.

(3) Zie de voorstellen tot wijziging van art. 19, 4° ter Hyp.W., in Parl.Doc. Senaat 1973-1974, 61 en 76.

(4) Zie toelichtingen bij de vermelde voorstellen.

Het K.B. van 8 oktober 1976 inzake de jaarrekeningen bracht een begin van oplossing door een bepaling te voorzien dat belastingen, sociale bijdragen en bezoldigingen vermeld dienen te worden in de balans (1).

24) leveringen van voedingsmiddelen (art. 19, 5°
Hyp.W.)

315. Dit voorrecht voor de leveranciers van levensmiddelen is beperkt tot de vorderingen die ontstonden uit het leveren van levensmiddelen tijdens de zes maanden die aan het faillissement of het gerechtelijk akkoord vooraf gingen. Omwille van de geringe belangrijkheid hoeft het hier niet verder besproken te worden.

- 25) a. directe belastingen
b. successierechten
c. accijnsrechten
d. met het zegel gelijkgestelde taxen
e. B.T.W. (2)

316. De schatkist beschikt over een voorrecht op de roerende goederen van een belastingplichtige ter bescherming van haar vordering tot het betalen van de verschuldigde directe belastingen (3), met het zegel gelijkgestelde taxen (4), successierechten (5), douane en accijnsrechten (6) en B.T.W. (7).

(1) Zie bijlage Balans, post 2939.

(2) Nog niet vermeld door R. DERYCKE, O.C.

(3) WIB, art. 313 e.v.

(4) Wb. Zg., art. 201.

(5) Wb. Succ., art. 84 e.v.

(6) Art. 290 W. 26 augustus 1822; zie over deze voorrechten en de wettelijke hypotheek van de schatkist verder M. FEYE en C. CARDYN, O.C., nrs. 248, 311, 329, 359; en H. DE PAGE, O.C., VII, nrs. 106 e.v.

(7) Wb. BTW, art. 86 e.v.

317. voor deze voorrechten is geen publiciteit georganiseerd. In elk van deze gevallen beschikt de schatkist evenwel ook over een wettelijke hypotheek op de onroerende goederen die slechts rang neemt op de datum van inschrijving. Wanneer verondersteld mag worden dat de schatkist om inschrijving van de hypotheek zal verzoeken wanneer zij belangrijke vorderingen heeft op debiteurs met een wankelende financiële positie, kan zo onrechtstreeks de omvang van haar voorrecht op de roerende goederen worden geraamd. Ook hier kan verwezen worden naar het K.B. van 8 oktober 1976 inzake de jaarrekeningen, waar bij de schulden een vermelding wordt gevraagd van de belastingen, sociale bijdragen en bezoldigingen (1).

26) schuldvorderingen van de expeditie in douane (2): zie bij analogie 1) en 2)

27) honorarium van de advocaat voor de verdediging van een veroordeelde (3)

28) gerechtskosten in strafzaken (4)

318. Voor deze voorrechten is geen publiciteit voorzien.

§ 2. Voorrechten en hypotheek op de onroerende goederen

319. Inzake de voorrechten en hypotheek op onroerende goederen is de publiciteit veel systematischer georganiseerd. Derycke deelt deze voorrechten op alle of op bepaalde onroerende goederen in, in voorrechten die zonder openbaarmaking worden behouden, zij die door inschrijving, en zij die door overschrijving worden behouden (5). In de context van deze afdeling heeft

(1) Zie bijlage Balans, post nr. 2929.

(2) R. DERYCKE, O.C., nrs. 72 en 73 en M. FEYE en C. CARDYN, O.C., p. 361, nr. 339 en p. 386, nr. 359.

(3) R. DERYCKE, O.C., nrs. 23 en 24.

(4) R. DERYCKE, O.C., nrs. 23 en 24.

(5) Zie R. DERYCKE, O.C., nrs. 259 e.v.

alleen enige aandacht geschonken te worden aan de wijze waarop de publiciteit is georganiseerd, en aan de voorrechten die zonder publiciteit worden behouden. Om de belangrijkheid van deze voorrechten, en dus ook van een eventueel ontbreken van adequate publiciteitsvoorschriften te kunnen beoordelen, wordt eerst getracht beknopt een overzicht te geven van de structuur en de rangorde van de voorrechten en hypotheke op onroerende goederen.

320. Als eerste basisregel voor deze structuur geldt dat voorrechten^{op} hypotheke primeren (1). Tussen de schuldeisers met een voorrecht op een onroerend goed is de rangorde afhankelijk van de aard van het voorrecht (2). De rangorde van de hypothecaire schuldeisers wordt geregeld door de datum van de inschrijving van de hypotheek. Omdat voorrechten op onroerende goederen als bevoorrechte hypotheke kunnen worden beschouwd (3), bestaat de neiging om ook daar de rangorde te laten bepalen door de datum van inschrijving (4), en zelfs geen rekening te houden met de regel dat voorrechten^{op} hypotheke primeren. Artikelen 12 en 13 van de hypotheekwet zijn nochtans ook van toepassing op voorrechten op onroerende goederen (5). Welke voorrechten door hun aard voorrang hebben op anderen wordt evenwel niet door de hypotheekwet geregeld. De rechter kan hier naar billijkheid oordelen. Slechts voor twee onroerende voorrechten geeft de wetgeving een aanduiding over hun rang:

(1) Art. 12 Hyp.W.

(2) Art. 13 Hyp.W.

(3) R. DERYCKE, o.c., nr. 259.

(4) Zie bijv. H. DE PAGE, o.c., VII, nr. 289.

(5) H. DE PAGE, o.c., VII, nrs. 546 en 838 e.v.

het voorrecht voor de gerechtskosten heeft voorrang op alle andere maar kan alleen ingeroepen worden tegenover schuldeisers in wier belang de kosten werden gemaakt (1), en het voorrecht van de verzekeraar volgt in rang onmiddellijk op dat van de gerechtskosten (2).

A. Onroerende voorrechten die zonder publiciteit worden behouden

1) het voorrecht van de gerechtskosten

321. Dit voorrecht kan uitgeoefend worden op alle roerende en onroerende goederen. Zie daarom onder nr. 3 bij de bespreking van de voorrechten op roerende goederen.

2) het voorrecht van de verzekeraar

322. Idem, zie nr. 4.

3) het voorrecht van art. 73 van de gecoördineerde wetten op de mijnen: deze sector wordt hier niet verder besproken.

323. Hierbij moeten ook het voorrecht en de mogelijkheid tot het nemen van een wettelijke hypotheek worden vermeld, waarover de schatkist beschikt op de goederen van een overledene, die gedurende achttien maanden na het overlijden zonder inschrijving worden behouden (3).

B. Publiciteitsvoorschriften voor de andere onroerende voorrechten en hypotheken

324. Twee systemen worden voorzien: het behoud van voorrechten door overschrijving en het behoud van voorrechten door inschrijving.

(1) Art. 17 Hyp.W. en R. DERYCKE, o.c., nr. 265.

(2) R. DERYCKE, o.c., nr. 267.

(3) A. TIBERGHEIN, o.c., nr. 542, p. 242.

Door overschrijven worden behouden:

- het voorrecht van de verkoper (1);
- het voorrecht van de mederuilers (2);
- het voorrecht van de schenkers (3);
- het voorrecht van de mede-erfgenamen en van de overdeelde mede-eigenaar (4).

Door inschrijving worden behouden:

- het voorrecht van de aannemers, architecten, metselaars en andere werklieden (5);
- hypotheke.

325. Volgens artikel 29 Hyp.W. geldt als basisregel dat voorrechten slechts tegenstelbaar zijn, wanneer zij zijn openbaar gemaakt door inschrijving in het register van de hypotheekbewaarder (6). Dezelfde regel geldt voor de hypotheke (7). De inschrijving dient na 15 jaar te worden hernieuwd (8). De wijze van inschrijving wordt geregeld door de art. 82 e.v. Hyp.W. De schuldenaar dient o.a. nauwkeurige inlichtingen te verstrekken over de identiteit van de schuldeiser, de schuldenaar, over de oorsprong, het voorwerp en het bedrag van het voorrecht of de hypotheek (9). Het niet naleven van deze formaliteiten wordt gesanctioneerd door de nietigheid van de vermelding of inschrijving indien, en slechts alleen indien zulks

(1) R. DERYCKE, o.c., nrs. 272 e.v.

(2) R. DERYCKE, o.c., nrs. 286 e.v.

(3) R. DERYCKE, o.c., nrs. 292 e.v.

(4) R. DERYCKE, o.c., nrs. 296 e.v.

(5) R. DERYCKE, o.c., nrs. 312 e.v.

(6) R. DERYCKE, o.c., nrs. 352, 353, 369.

(7) Art. 81 Hyp.W.

(8) Art. 90 Hyp.W.

(9) Art. 83 en 89 Hyp.W.

nadeel berokkent aan derden (1). De hypotheekbewaarder is gehouden afschriften af te geven aan wie daarom verzoekt van bestaande inschrijvingen of overschrijvingen, of getuigschriften waarin hij vaststelt dat er geen zijn genomen (2). Hij is aansprakelijk voor de schade die ontstaat door het niet vermelden in deze getuigschriften of afschriften van bestaande inschrijvingen of overschrijvingen, tenzij de vergissing volgt uit een ontoereikendheid van de aanduidingen die hem niet ten laste kan worden gelegd (3). Terwijl bij een gebrek aan publiciteit de andere schuldeisers beschermd worden door de niet-tegenstelbaarheid van het voorrecht of de hypotheek, wordt de schuldeiser die om de inschrijving of overschrijving verzocht, beschermd door art. 128, 1° Hyp.W. Daarin worden de hypotheekbewaarders expliciet aansprakelijk gesteld voor de schade die veroorzaakt wordt door een verzuimen de akten over te schrijven die overgeschreven dienden te worden, of in te schrijven indien zij daartoe werden aangeboden (4).

326. Voor een aantal belangrijke voorrechten volstaat het overschrijven voor het behoud of het tegenstelbaar maken van het voorrecht (5). Deze overschrijving geldt als inschrijving (6). De rechten van wie om overschrijving verzoekt, en van wie om een afschrift van het daartoe bestemde register van de hypotheekbewaarders vraagt, worden door regels beschermd die voor de inschrijving van akten gelden (7).

(1) Art. 85 Hyp.W.

(2) Art. 127 Hyp.W.

(3) Art. 128, 2° Hyp.W.

(4) Zie over de inschrijving verder: H. DE PAGE, o.c., VII, nrs. 738 e.v.

(5) Zie art. 30 e.v. Hyp.W. en R. DERYCKE, o.c., nrs. 353 e.v.

(6) Art. 34 Hyp.W.

(7) Art. 85, 124 e.v., waarbij vooral de in de vorige alinea besproken artikelen 127 en 128, en het beginsel van de niet-tegenstelbaarheid van niet overgeschreven akten.

Ook het overschrijven van een akte behoudt het voorrecht slechts gedurende 15 jaar (1). Om het tijdrovende raadplegen van het register van de overschrijvingen te vermijden, dient de hypotheekbewaarder het overschrijven van akten waarin een voorrecht wordt bedongen, ambtshalve in te schrijven in het register der inschrijvingen (2). De in te schrijven gegevens zijn veel summierder dan bij voorrechten die door inschrijving worden behouden. De hypotheekbewaarder dient wel onder zijn verantwoordelijkheid na te gaan of de schuldvordering nog bestaat (3). De ambtshalve inschrijving heeft geen invloed op het ontstaan of de tegenstelbaarheid van het voorrecht. De hypotheekbewaarder is nochtans wel aansprakelijk voor alle schade die derden lijden wanneer zij door zijn nalatigheid verkeerd werden ingelicht (4).

§ 3. Schuldvorderingen die bevoorrecht zijn op goederen in het buitenland en in het buitenland gevestigde voorrechten

327. Of wie met een onderneming contracteert ingelicht dient te worden over de voorrechten op de goederen van die onderneming in het buitenland of de in het buitenland gevestigde voorrechten of hypotheken, is vooral afhankelijk van de tegenstelbaarheid van die voorrechten en hypotheken in België. De tegenstelbaarheid van de voorrechten buiten faillissement is ook in de hier behandelde context zeker niet zonder belang, maar bij hypothese nog niet determinerend voor de mate waarin de vorderingen van andere schuldeisers kunnen worden voldaan. Of de voorrechten bij faillissement tegenstelbaar zijn wordt vooral bepaald door het antwoord op de vraag of de Staat

(1) Art. 37 Hyp.W. dat verwijst naar art. 90.

(2) Art. 35 Hyp.W. en R. DERYCKE, o.c., nrs. 355 e.v.

(3) R. DERYCKE, o.c., nr. 336.

(4) R. DERYCKE, o.c., nr. 357; zie over de ambtshalve inschrijving verder: H. DE PAGE, o.c., VII, nrs. 392 e.v. en R. DERYCKE, o.c., nrs. 357 e.v.

waarin het faillissement wordt uitgesproken, in het buitenland gevestigde of op in het buitenland gelegen goederen gevestigde voorrechten erkent, en of de Staat waarin de goederen gelegen zijn, gevolgen toekent aan een in het buitenland uitgesproken faillissement en in het buitenland gevestigde voorrechten. Beide vragen betreffen vooral de territorialiteit of de universaliteit van het faillissement.

- 1) tegenstelbaarheid in het land waar het faillissement wordt uitgesproken van voorrechten op goederen in het buitenland

328. Naar Belgisch I.P.R. heeft een faillissement gevolgen voor al de activa van de debiteur, ook wanneer zij in het buitenland gelegen zijn. De Belgische en Luxemburgse rechters achten zich slechts bevoegd tot het uitspreken van een faillissement wanneer de debiteur zijn woonplaats of voornaamste vestigingsplaats in België of Luxemburg heeft (1). Duitsland neemt tegenover ondernemingen met voornaamste zetel in Duitsland dezelfde houding aan. Voor andere ondernemingen acht de Duitse rechter zich slechts bevoegd tot het uitspreken van een faillissement betreffende de in Duitsland gelegen goederen. Volgens de Nederlandse rechtspraak omvat een Nederlands faillissement in principe ook de in het buitenland gelegen goederen. De Engelse rechter neemt voor zover het buitenlandse recht zich daar niet tegen verzet een gelijkaardig standpunt in (2). De Franse rechter gaat daarentegen eerder uit van de territorialiteit van een faillissement (3).

329. Het Europese ontwerpverdrag gaat uit van de eenheid van het faillissement. De in een van de verdragsluitende staten gelegen goederen van een schuldenaar kunnen in de massa vallen wanneer het faillissement volgens de bevoegdheidsregels van het ontwerpverdrag in een verdragsluitende staat kan worden uitgesproken (4).

(1) L. GANSHOF, o.c., p. 17, nr. 10; zie over de nuance aangebracht in Luxemburg: A. HUSS, l.c., p. 625 e.v.

(2) G.L. CHESHIPLE, o.c., p. 552 e.v.

(3) H. BATIFFOL, o.c., p. 848 e.v., nr. 744.

(4) Zie art. 2 e.v. van het ontwerp en de commentaar van J. NOËL en J. LEMONTEY, o.c., p. 11 e.v.

330. Eens de in het buitenland gelegen goederen deel uit kunnen maken van de massa, wat behalve in Frankrijk mogelijk lijkt, kan nagegaan worden welke voorrechten en hypotheken op deze goederen ingeroepen kunnen worden. Wanneer de voorrechten onroerende goederen betreffen, dienen zij tot stand te komen volgens het recht van staat waarin de goederen gelegen zijn (1). De publiciteit wordt dus slechts georganiseerd in die staat. Elders kunnen hierover slechts inlichtingen worden ingewonnen via de jaarrekeningen of andere niet speciaal daartoe voorziene bronnen. De toestand is complexer wanneer het voorrecht roerende goederen tot voorwerp heeft (2). Theoretisch kunnen deze voorrechten beheerst worden door het recht van de staat waarin het faillissement werd uitgesproken, van de staat waarin de goederen zich bevinden, of door het recht dat het contract beheerst waardoor zij tot stand kwamen. Ganshof vermeldt voor voorrechten op roerende goederen als basisregel dat zij beheerst worden door de lex contractus (3). Rigaux sluit zich impliciet aan bij de Franse rechtsleer die meent dat voorrechten steeds moeten worden ingeroepen overeenkomstig het recht van de staat waarin de goederen die zij tot voorwerp hebben gelegen zijn (4). Die regel wordt als uitgangspunt genomen in het Europees ontwerpverdrag (5). Het territorialiteitsprincipe lijkt zo ook voor de voorrechten op roerende goederen als algemene regel beschouwd te kunnen worden. Dit wil zeggen dat zoals voor onroerende goederen de publiciteit georganiseerd wordt door het recht van de staat waarin de goederen zich bevinden, en deze voorrechten dus moeilijk kenbaar zijn voor wie elders met de eigenaar van de goederen

(1) L. GANSHOF, o.c., p. 80; F. RIGAUX, o.c., p. 409, nrs. 342 e.v.

(2) Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht terzake J. NOËL en J. LEMONTEY, o.c., p. 113 e.v.

(3) L. GANSHOF, o.c., p. 80, nr. 69.

(4) L. GANSHOF, o.c., p. 410, nr. 344; H. BATIFFOL, o.c., p. 562, nr. 521.

(5) Zie art. 40 e.v. en J. NOËL en J. LEMONTEY, o.c., p. 116 e.v.

contracteert. Hierbij kan wel worden opgemerkt dat het feit dat de goederen waarop het voorrecht ingeroepen kan worden, zich in het buitenland bevinden, reeds een vorm van publiciteit inhoudt. Dit feit kan nochtans slechts als een effectieve waarschuwing voor de andere schuldeisers gelden wanneer ook uit de jaarrekeningen blijkt dat een deel van de activa zich in het buitenland bevinden. In dat geval weten de schuldeisers in het land waar de onderneming haar voornaamste vestiging heeft, dat zij zich voor bepaalde inlichtingen tot buitenlandse instanties dienen te richten, en kunnen omgekeerd de buitenlandse schuldeisers ter plaatse inlichtingen inwinnen betreffende de goederen die zij in het buitenland aantreffen.

- 2) tegenstelbaarheid in het land waar het faillissement wordt uitgesproken van in het buitenland gevestigde voorrechten

331. Na het voorgaande kan terzake worden geconcludeerd dat in het buitenland slechts voorrechten kunnen worden gevestigd op de ter plaatse gelegen goederen.

- 3) tegenstelbaarheid in het land waar de goederen gelegen zijn van een in het buitenland uitgesproken faillissement en de daar gevestigde voorrechten

332. Inzake de in het buitenland gevestigde voorrechten geldt wat in de vorige alinea werd vermeld, ook als de voorrechten gevestigd werden in een staat waarvan de rechtbanken bevoegd zijn om een faillissement van de onderneming uit te spreken. Het ontwerpverdrag inzake faillissementsrecht wijzigd de thans geldende regelingen op dit punt niet.

333. De plaats van de voorrechten die gevestigd werden in de staat waar de goederen die zij tot voorwerp hebben gelegen zijn, in een in het buitenland uitgesproken faillissement,

is op de eerste plaats afhankelijk van de mate waarin het faillissement tegenstelbaar is. Naast moeilijkheden in verband met de erkenning en ten uitvoerlegging van buitenlandse faillissementsvonnissen (1) moet hier opnieuw worden vastgesteld dat de E.G. lid-Staten nog uiteenlopende standpunten innemen inzake de universaliteit of de territorialiteit van faillissementen (2). België en Luxemburg kennen in principe rechtsgevolgen toe aan een in het buitenland uitgesproken faillissement op de in het eigen land gelegen goederen, terwijl Duitsland en Nederland dit in principe weigeren. De Engelse rechter kent in principe op voorwaarde van wederkerigheid, rechtsgevolgen toe aan een buitenlands faillissement ten aanzien van de roerende goederen, maar behoudt zich op dit punt een discretionaire bevoegdheid voor wanneer het onroerende goederen betreft (3). Op dit punt opteert het Europees ontwerpverdrag voor een universalistische uitwerking van het faillissement tegenover al de zich in de verdragsluitende staten bevindende goederen (4).

§ 4. Rechtsmiddelen tot het afdwingen van de besproken bepalingen

334. De besproken publiciteitsvoorschriften gelden als voorwaarde voor de tegenstelbaarheid van de corresponderende voorrechten of hypotheken (5). Bij niet naleving van substan-

(1) Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht: J. NOËL en J. LEMONTEY, o.c., p. 6 e.v.

(2) Zie J. NOËL en J. LEMONTEY, o.c., p. 3 e.v.

(3) G.C. CHESHIRE, o.c., p. 551.

(4) Zie art. 2 e.v. ontw. en J. NOËL en J. LEMONTEY, o.c., p. 11 e.v.

(5) Zie o.a. art. 20, 5° en 29 en 85 Hyp.W. Niet naleving van de publiciteitsvoorschriften wordt evenwel alleen gesanc-tioneerd met de niet-tegenstelbaarheid van hypotheken wanneer derden schade lijden. Zie art. 85 Hyp.W. en daarover: H. DE PAGE, o.c., VII, p. 694 e.v., nr. 770; er mag aangenomen worden dat deze regel ook voor voorrechten geldt omdat art. 20, 5° en 29 niet verwijzen naar elk van de bepalingen inzake de openbaarmaking van voorrechten, en alleen in algemene termen de openbaarmaking vergen.

tiële publiciteitsvoorschriften, kunnen voorrechten en hypotheken niet aan derden worden tegengeworpen. Het opwerpen van de niet-tegenstelbaarheid in een procedure door derden, veronderstelt evenwel dat zij partij zijn in die procedure, en er dus al sprake is van een samenloop van schuldeisers.

335. Tussen de partijen bij de overeenkomst waarin het voorrecht of de hypotheek gevestigd werd, geldt deze regeling niet. De partijen kunnen zich niet beroepen op het gebrek aan publiciteit (1). Aangenomen mag worden dat deze regeling geen rechtsbeschermingsproblemen oproept tussen de partijen. Maar zij leidt ertoe dat derden er niet op kunnen vertrouwen dat geen voorrechten of hypotheken worden ingeroepen tussen partijen. Zelfs wanneer het inroepen van een voorrecht of hypotheek tussen de partijen aanleiding geeft tot een geschil, kunnen de hoven en rechtbanken de begunstigde niet weigeren het bedongen voorrecht uit te oefenen (2). Een drastische verbetering van de bescherming van de derden vereist dat het naleven van de publiciteitsregels niet alleen als voorwaarde van openbare orde voor de tegenstelbaarheid tegenover derden, maar de voorwaarde voor het tot stand komen van het voorrecht of de hypotheek, of de algemene tegenstelbaarheid ervan wordt beschouwd. Dan kunnen de hoven en rechtbanken stelselmatig elk beroep op niet voldoende gepubliceerde voorrechten of hypotheken weigeren, en zullen ook de partijen meer geneigd zijn zich tegen de uitoefening ervan te verzetten (3). Een tussenoplossing kan zijn geschillen betreffende niet-gepubliceerde voorrechten en hypotheken tussen de partijen bij het contract waarin zij werden gevestigd, mee te delen aan de depistagediensten van de rechtbanken van koophandel.

(1) H. DE PAGE, o.c., VII, p. 480, nr. 541 en p. 692, nr. 766.

(2) Dit blijkt uit een sinds lang gevestigde rechtspraak. Zie Cass. 23 juli 1858, Pas. 1858, I, 241; Cass. 8 november 1877, Pas. 1877, I, 414, alhoewel in dit geval de publiciteitsregels gerespecteerd werden bij het vestigen van de hypotheek, en alleen bij een latere transactie werden veronachtzaamd; Cass. 13 februari 1878, Pas. 1878, I, 175; Cass. 21 januari 1932, Pas. 1932, I, 42; R.P.D.B., Hypothèques et privilèges mobiliers, nrs. 350 e.v.

(3) .../...

Afdeling VI. Publiciteit voor niet-bevoorrechte schuldvorderingen

336. Voor niet-bevoorrechte schuldvorderingen die niet worden betwist en waarvan de schuldenaar nog niet in gebreke is gebleven, wordt geen publiciteit georganiseerd.

Afdeling VII. Informatie over betalingsmoeilijkheden

337. Tenslotte moet hier nog worden vermeld dat soms informatie verkregen kan worden over het in gebreke blijven van een schuldenaar om bepaalde verplichtingen na te komen. De publiciteit over procedures tot ingebrekestelling, beslagname, enz. die wijzen kunnen op betalingsmoeilijkheden, is meestal niet georganiseerd. Mede hierdoor zijn de inlichtingen soms alleen voor enkelen of een bepaalde groep belanghebbenden toegankelijk.

- 1) georganiseerde en voor iedereen toegankelijke bronnen

338. Uit de reeks informatiebronnen die J. Van der Gucht vermeldt in een bespreking van de zgn. depistagediensten (1), kunnen alleen de protesten van de handelseffecten en cheques die neergelegd worden op de griffie van de rechtbank van koop-handel en verschijnen in de Moniteur du commerce belge, in deze rubriek worden vermeld naast de jaarrekeningen die in afdeling II werden behandeld. Protesten worden bovendien zoals de auteur op-

(3) Het algemeen belang kan daarbij een overzicht krijgen op het belang van de partij die te goeder trouw, maar zonder de publiciteitsregels in acht te nemen, een voorrecht of hypotheek bedong. Een dergelijke regeling sluit ook aan bij de interpretatie die het Hof van Cassatie gaf aan het adagium in pari causa turpitudinis cessat repetitio; zie Cass. 8 december 1966, R.W. 1967-1968, kol. 397 en W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 418 e.v.

(1) Zie J. VAN DER GUCHT, R.W. 1973-1974, kol. 1187.

merkt, met een aanzienlijke vertraging gepubliceerd (1).

2) toevallige inlichtingen

339. Na het voorgaande dienen de meeste bronnen die Van der Gucht in het vermelde artikel vernoemt, in deze rubriek vermeld te worden. Sommigen zijn nochtans gemakkelijker toegankelijk voor overheidsorganen zoals de depistagediensten van rechtbanken van koophandel, dan voor particulieren.

340. Het is evenwel opmerkelijk dat ook de inlichtingen waarover vooral of soms zelfs uitsluitend deze diensten kunnen beschikken, meestal nog langs niet-officiële georganiseerde kanalen worden verkregen. De depistagediensten zijn in hun huidige vorm zelf weliswaar niet door de wet georganiseerd, maar het resultaat van het initiatief van enkele rechtbanken van koophandel. Een van de voornaamste redenen waarom zij tijdig ingelicht dienen te worden over betalingsmoeilijkheden bij ondernemingen, volgt nochtans wel uit een wettelijke bepaling. Art. 442,1 Wb. v. Kph. draagt, zoals Van der Gucht in verschillende artikels beklemtoont (2), de rechtbanken van koophandel op telkens wanneer aan alle voorwaarden daartoe voldaan is, ambtshalve een faillissement uit te spreken. Indien men geen duidelijke informatieregeling voor de depistagediensten zelf kan verwachten in de wet, kan het toch verwondering wekken dat er geen informatie georganiseerd is voor de rechtbanken van koophandel (3).

341. Tot inlichtingen die gemakkelijker of vrijwel uitsluitend beschikbaar zijn voor gerechtelijke instanties, kunnen worden gerekend:

- de vaststellingen tijdens andere onderzoeken;
- de mededelingen ontvangen van strafgerichten;
- inlichtingen verstrekt aan de beslagrechter;
- vertraging in het voldoen van de B.T.W. die meegedeeld worden door de controleur;

(1) De vertraging belooft plus minus twee maanden. Zie over de publicatievoorschriften inzake wisselbrieven meer in het bijzonder: J. RONSE, Wisselbrief en Orderbriefje, A.P.R., Gent 1972, II, nrs. 2001 e.v., p. 609 e.v. en nrs. 2031 e.v., p. 617 e.v.

(2) R.W. 1973-1974, kol. 1186 e.v. en B.R.H. 1968, 704 e.v.; zie ook Brussel, 6 maart 1975, J.T. 1975, p. 346 met conclusie adv. gen. MARCHAND. Zie ook A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 31 e.v.

(3) Inlichtingen over protesten ontving de rechtbank vroeger rechtstreeks van het Bestuur van Registratie, terwijl zij er nu wegens gebrek aan personeel slechts langs de Moniteur du commerce belge kennis van kan nemen. Zie hierover J. VAN DER GUCHT, R.W. 1973-1974, kol. 1188 en A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 3.

en eventueel ook:

- het dikwijls voorkomen van dagvaardingen tot betaling;
- het niet verschijnen op rekest of dagvaarding;
- het dikwijls voorkomen van geschillen over uitstel van betaling;
- de niet-bevoorrechte schuldvorderingen in andere faillissementen;
- dagvaardingen van de R.M.Z. tot betaling van bijdragen.

342. Veel van de inlichtingen uit deze laatste groep zijn dikwijls ook, zij het soms slechts fragmentarisch, bekend aan advocaten. Van der Gucht vermeldt trouwens de inlichtingen die spontaan door advocaten worden verstrekt, onder de informatiebronnen van de depistagediensten. Advocaten kunnen die inlichtingen ook doorgeven aan hun cliënten. Ondernemingen of andere belanghebbenden die regelmatig contact hebben met verschillende of toevallig goed geïnformeerde advocaten kunnen daarom beter ingelicht worden over betalingsmoeilijkheden in een onderneming dan anderen.

Afdeling VIII. Sectoren waarvoor een bijzondere regeling geldt

343. Tenslotte dient er hier nog aan herinnerd te worden dat voor sommige bedrijfstakken een bijzondere regeling geldt die ondernemingen aan een bijzondere controle onderwerpt of bijkomende publiciteitsvoorschriften oplegt. Dit geldt met name voor de banken (1), de private spaarkassen (2), ondernemingen die leningen op afbetaling toestaan, of tot de verkoop op afbetaling bijdragen door aan de verkoper een deel van de prijs ter hand te stellen tegen afstand door de verkoper van diens rechten of gehele of gedeeltelijke indeplaatsstelling in die rechten (3), levensverzekeringsmaatschappijen (4), arbeidsongevallen-

(1) K.B. nr. 185 van 9 juli 1935, B.S. 10 juli 1935.

(2) W. 23 juni 1967, B.S. 30 juni 1967.

(3) W. 9 juli 1975, B.S. 29 juli 1975 en vnl. art. 47.

(4) W. 25 juni 1930, B.S. 18 juli 1930.

verzekeringsmaatschappijen (1) en maatschappijen voor de verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen (2). Deze bijzondere regelingen kunnen hier niet verder worden besproken.

Afdeling IX. Beoordeling van de informatieverstrekking over de financiële toestand van ondernemingen

A. De te verstrekken gegevens

- 1) informatie van de groepen die deel uitmaken van de onderneming

344. Wanneer we teruggrijpen naar de in nr. 116 vermelde bij het faillissementsrecht betrokken belangengroepen, kan vastgesteld worden dat alleen voor de groepen die deel uitmaken van de besproken onderneming buiten de jaarrekeningen een enigszins coherente en voldoende ruime informatieverstrekking is georganiseerd.

a) de aandeelhouders

345. De aandeelhouders kunnen op de algemene vergadering om alle bijkomende inlichtingen verzoeken die zij nuttig oordelen. Zij kunnen daar hun vertrouwen in de beheerders afhankelijk maken van hun bereidheid om de gevraagde inlichtingen te verstrekken, of van de toestand van de onderneming zoals die uit de gevraagde inlichtingen blijkt. De aandeelhouders kunnen ook bij wijze van een algemene beslissing criteria bepalen waaraan het rapport van de beheerders en commissarissen

(1) K.B. 21 december 1971, B.S. 28 december 1971.

(2) W. 1 juli 1956, B.S. 15 juli 1956.

dient te beantwoorden, en met name van de commissarissen een meer ingrijpende beoordeling van de toestand van de onderneming en de daarover voorgelegde stukken vragen, dan volgens het nu geldende vennootschapsrecht van hen geëist wordt.

Inhoeverre de bevoegdheden van de aandeelhouders als leden van de algemene vergadering in de praktijk bijdraagt tot een betere informatie van de leden van deze groep, kan moeilijk juist worden nagegaan. Wellicht is hun invloed op het meedelen van inlichtingen in kleine vennootschappen reëel. Gebreken in de in deze vennootschappen beschikbare inlichtingen worden misschien meestal veroorzaakt door een gebrek aan deskundigheid bij de ondernemingsleiding en de vennoten. Belangrijke aandeelhouders in grotere vennootschappen hebben haast altijd voldoende invloed, en beschikken meestal ook over voldoende deskundigheid om oordeelkundig ingelicht te worden over de onderneming waar zij deel van uitmaken. Maar vrij algemeen wordt aangenomen dat de positie van kleine, tot een minderheidsgroep behorende aandeelhouders in weinig verschilt van de positie van derden buiten de onderneming.

b) werknemers

346. De informatie van de werknemers als groep, werd besproken in afdeling III van dit hoofdstuk. Het moge volstaan er hier aan te herinneren dat deze regeling alleen van toepassing is op de grotere ondernemingen. Bovendien kunnen tal van andere elementen de effectiviteit van de geldende informatieverplichtingen aanzienlijk beperken. Het verstrekken van betrouwbare en gemakkelijk begrijpbare inlichtingen veronderstelt de bereidwillige medewerking van voldoende deskundige ondernemers, of een machtige en bekwame werknemersvertegenwoordiging. Opdat al de werknemers goed geïnformeerd zouden zijn, moeten de verstrekte gegevens bovendien vlot in een aangepaste vorm doorstromen. Dit veronderstelt ondermeer een soepele interpretatie van het beroepsgeheim van de werknemersvertegenwoordigers (1).

(1) Art. 30 W. 20 september 1948. Zie hierover O. VANACHTER, R.W. 1973-1974, kol. 2488.

347. Deze regeling is op verschillende punten voor verbetering vatbaar. Op de eerste plaats verdient het aanbeveling de doorstroming van gegevens van de ondernemingsraad naar de werknemers duidelijker te regelen. Daarbij kan o.m. worden bepaald dat de werknemersafgevaardigden hun informatie vrij moeten kunnen bespreken met hun raadgevers die dan op hun beurt gehouden zijn tot dezelfde discretieplicht als de leden van de ondernemingsraad. De afgevaardigden en hun raadgevers dienen vervolgens vrij te zijn om in onderhandelingen tussen werknemers en werkgevers, de gegevens te gebruiken die noodzakelijk zijn om hun argumentatie te staven en hun standpunt te verantwoorden tegenover de werknemers, en er altijd de strekking van mee te delen aan de werknemers.

348. Bovendien kan ook de controle op de verstrekte inlichtingen verbeterd worden. Het lijkt wenselijk ten minste bij de jaarlijks te verstrekken inlichtingen een uitvoerig verslag te voegen van een commissaris, over de verstrekte gegevens. Daarbij ligt het voor de hand, aan alle ondernemingen met een ondernemingsraad, zoals aan alle ondernemingen die een publiek beroep doen op de kapitaalmarkt, op te leggen een commissaris-revisor aan te duiden. Deze commissaris-revisor kan aangeduid worden door de werknemers-afgevaardigden in de ondernemingsraad, om zitting te nemen in de raad van toezicht samen met de commissarissen of commissarissen-revisoren die door de algemene vergadering worden aangeduid overeenkomstig de vennootschapswetgeving. Een dergelijke wijziging beklemtoont het belang van de verder nog te bespreken aanpassingen van de bepalingen over de commissarissen. Zij laat misschien ook toe om als eerste stap het terrein te helpen verkennen voor meer ingrijpende hervormingen zoals o.m. door de E.G. worden voorbereid (1).

(1) Medezeggenschap van werknemers een structuur van de vennootschap, Suppl. Bull. E.G., 8/1975.

349. Tenslotte kan het zeker worden betreurd dat geen enkele informatie is voorzien voor ondernemingen met minder dan twintig werknemers. Het lijkt wenselijk ten minste de in het kader van de wet van 28 juni 1966 en het K.B. van 20 september 1967 opgelegde informatieplicht, tot alle ondernemingen uit te breiden. Daarnaast kan worden overwogen in alle ondernemingen de werkgevers op te leggen de neer te leggen jaarrekeningen ter beschikking te stellen van de werknemers, samen met het verslag van de commissarissen.

2) informatie aan alle belanghebbenden

a) de jaarrekeningen

350. De jaarrekeningen hebben, voor de leden van de onderneming zowel als voor buitenstaanders, een spilfunctie bij elke informatieverstrekking over de onderneming. Zij zijn de enige naar inhoud en verspreiding gereguleerde bronnen die een globaal overzicht geven over de toestand van een onderneming door het opgeven van de activa en passiva, en de input en output die voor de behaalde bedrijfsresultaten waren vereist. Een behoorlijke reglementering van de jaarrekeningen is daarom de hoeksteen van een publiciteitsbeleid. Het feit dat een meer uitgewerkte regeling nog niet altijd behoorlijk wordt nageleefd (1), en ook in stelsels waarvan de publiciteits- en controle-voorschriften model kunnen staan zoals het Verenigd Koninkrijk, nog geen tevredenheid is bereikt, doet daar geen afbreuk aan. Het dient ons er alleen van te weerhouden de discussie tot de jaarrekeningen of de publiciteitsvoorschriften te beperken.

351. De thans geldende publicatievoorschriften verplichten alleen de N.V.'s, P.V.B.A.'s, commanditaire vennootschappen op aandelen, en deels de coöperatieve vennootschappen tot het publiceren van jaarrekeningen. De jaarrekeningen van ondernemingen die opgesteld dienen te worden volgens de bepalingen

(1) Zie bijv. C.A. BOUKEMA, De werking van de nieuwe vennootschapswetgeving, T.V.V.S. 1974, 257.

van het K.B. 8 oktober 1976, brengen een vrij bevredigende informatie. Zelfs inzake concernverhoudingen voorziet het besluit al een eerste regeling, die naar verwacht mag worden nog verder zal worden uitgewerkt in nog te nemen uitvoeringsbesluiten (1), waarbij rekening gehouden zal moeten worden met het voorstel van een zevende richtlijn van de E.G. (2). Toch dient opgemerkt te worden dat deze informatie, om de in nr. 200 aangehaalde redenen, maar aan alle behoeften kan voldoen wanneer geopteerd wordt voor een waardering volgens vervangingswaarde, en wanneer art. 18 van het K.B. 8 oktober 1975 zo geïnterpreteerd wordt dat ook een benadering van de liquidatiewaarde van activa teruggevonden kan worden in de jaarrekeningen. Om bij een waardering volgens vervangingswaarde de vergelijkbaarheid van jaarrekeningen te verzekeren, is het ook noodzakelijk de gevolgde waarderingsmethode in de bijlage toe te lichten. Deze laatste regel zal ingevoerd worden door de normalerwijze noodzakelijke aanpassing van het Belgisch recht aan het voorstel van een vierde richtlijn. Tenslotte kan in het licht van afdeling V ook betreurd worden dat bij de passiva alleen vermeld hoeft te worden welke schulden worden beschermd door zakelijke zekerheden, of aan verwant-ondernemingen toegekende zekerheden, en uit de opsplitsing van de schulden niet altijd kan worden afgeleid welke zekerheden erop zijn gevestigd, terwijl ook bij activa niet vermeld hoeft te worden of er bepaalde zekerheden op zijn gevestigd. In hetzelfde verband dient herinnerd te worden aan de opmerking dat de bij sluiting van ondernemingen of afdanken van werknemers verschuldigde vergoedingen, niet vermeld hoeven te worden door ondernemingen die niet in vereffening zijn.

352. Misschien nog belangrijker, is een verruiming van het toepassingsgebied van de publiciteitsvoorschriften en het K.B. van 8 oktober 1976. Het lijkt in ieder geval wenselijk

(1) Zie nr. 173.

(2) Zie nrs. 198 e.v.

het toepassingsgebied van de publiciteitsregels uit te breiden tot de coöperatieve vennootschappen.

353. Of het toepassingsgebied van het K.B. van 8 oktober 1976 en de publiciteitsregels uitgebreid dient te worden tot vennootschappen of niet-geïncorporeerde ondernemingen waarvoor thans geen publiciteitsvoorschriften gelden, is evenwel een delicate vraag. Zij hangt nauw samen met de wenselijkheid van het onderscheiden van kleine en andere ondernemingen (1). Indien toch de voorkeur wordt gegeven aan een onderscheid tussen grotere en kleinere ondernemingen, kan de vraag worden gesteld of de rechtsvorm wel het meest aangewezen criterium is voor het afbakenen van het toepassingsgebied van de onderscheiden regelingen. Het verdient dan eerder de voorkeur om de omvang van de onderneming als uitgangspunt te nemen. Dit is nu al het geval inzake de publiciteitsvoorschriften in het belang van de werknemers (2), de voorschriften voor vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid in het ontwerp vierde richtlijn (3), het toepassingsgebied van de Duitse publiciteitsvoorschriften (4), en ook in Nederland in de Commissie Vennootschapsrecht is overwogen (5). De verplichting tot het opstellen van jaarrekeningen mag nochtans niet uitsluitend als een last voor de ondernemingen worden beschouwd. De ondernemers zijn zelf immers de eerste belanghebbenden bij een oordeelkundige informatie over de situatie van de eigen onderneming (6). Om onaangename verrassingen te vermijden voor de

(1) Zie o.a. voor een pleidooi tegen een te algemene publicatieverplichting: J.H. DERSEN, Publicatieplicht in EEG-verband, een wereldvreemde en onwaarachtige benadering, de N.V., 1975, p. 2 e.v.

(2) Zie afdeling III van dit hoofdstuk.

(3) Zie art. 49.

(4) Zie §1 PublG.

(5) Zie A.M. BRENNINKMEYER, de N.V. 1975, p. 16 e.v.

(6) Zie o.a. over het dikwijls slecht geïnformeerd zijn van ondernemers als oorzaak van faillissementen nr. 121.

ondernemers en derden, zijn adequate publiciteitsvoorschriften misschien vooral voor de kleinere ondernemingen wenselijk. De indruk dat de eigen bedrijfssituatie in kleinere ondernemingen overzichtelijker is kan soms bedrieglijk zijn. Indien aangenomen wordt dat een inzicht in de eigen bedrijfssituatie zoals de in het ontwerp van richtlijn voorziene jaarrekeningen bieden kunnen, in elke onderneming, hoe klein ook, noodzakelijk is voor een verantwoord bedrijfsbeleid, mag de voor het opstellen van zulke jaarrekeningen vereiste deskundigheid geen bezwaar zijn voor het uitbreiden van de verplichting tot het opstellen van jaarrekeningen. In dit verband kan trouwens worden opgemerkt dat kleine ondernemingen ook nu al dikwijls beroep doen op een boekhouder om hun fiscale verplichtingen na te komen. De financiële weerslag van het uitbreiden van de verplichting tot het opstellen van adequate jaarrekeningen zal daarom wellicht vrij beperkt blijven.

354. Betreffende de controle op jaarrekeningen is een meer genuanceerde houding aangewezen. De huidige regeling voorziet alleen toezichtsvoorschriften voor de N.V., de commanditaire vennootschap op aandelen en de P.V.B.A., en maakt daarbij een onderscheid tussen ondernemingen die commissarissen, en ondernemingen die commissarissen-revisoren met het toezicht moeten belasten. Een uitbreiding van het aantal ondernemingen waarvoor toezicht georganiseerd wordt, wordt niet overwogen. Wel voorziet het ontwerp van richtlijn een uitbreiding van de verplichting tot het aanstellen van commissarissen-revisoren tot alle N.V.'s (1). Om de in nrs. 219 e.v. uiteengezette

(1) Zoals in voetnoot onder nr. 214 opgemerkt werd is de tekst door het gebruik van de uitdrukking iemand die volgens het nationale recht bevoegd is voor het controleren van jaarrekeningen dubbelzinnig waar de controlevoorschriften voor de P.V.B.A.'s worden geregeld. Normalerweise vergt deze uitdrukking voor de P.V.B.A.'s alleen een uitbreiding van het aantal ondernemingen die een commissaris dienen aan te stellen, vermits in het huidige Belgische vennootschapsrecht ook anderen dan revisoren bevoegd kunnen zijn tot het controleren van jaarrekeningen.

redenen kan deze voorgenomen wijziging zeker bijdragen tot een verhogen van de door de toezichtsregeling geboden bescherming. Ook wanneer wel adequate bepalingen voor het opstellen van jaarrekeningen opgenomen zijn in het vennootschapsrecht, blijft het wenselijk het toezicht op de jaarrekeningen toe te vertrouwen aan onafhankelijke deskundigen. De effectiviteit van het toezicht van personen die meestal dezelfde banden met de onderneming hebben als de beheerders en hun inlichtingen alleen van hen ontvangen, is dikwijls bijzonder gering. Het hoeft daarom ook zeker niet betreurd te worden dat een uitbreiding van het aantal ondernemingen die een commissaris dienen aan te stellen, niet wordt overwogen (1). Het beperkt aantal revisoren, en de moeilijkheden om dit aantal fel te doen aangroeien zonder geringere eisen inzake hun deskundigheid en onafhankelijkheid te stellen, maakt het anderzijds onmogelijk de verplichting tot het aanstellen van een commissaris-revisor uit te breiden tot alle ondernemingen. Bij het organiseren van het toezicht op de jaarrekeningen lijkt het maken van een onderscheid tussen grotere ondernemingen, en kleine waarvoor geen toezicht voorzien wordt, dan ook de meest voor de hand liggende regeling. Dit onderscheid kan worden gemaakt volgens hun rechtsvorm of op grond van andere criteria zoals het maatschappelijk vermogen of het aantal werknemers (2), waarbij deze laatste, meer objectieve criteria, zeker de voorkeur verdienen.

355. Bovendien verdient het aanbeveling de opdracht van hen die met het toezicht belast zijn, nauwkeuriger te omschrijven, en zo tevens hun aansprakelijkheid beter te omlijnen. De sleutel hiertoe ligt in het voorzien van bruikbare waarderingsregels in de nieuwe regeling inzake jaarrekeningen. Daarnaast kan de opdracht van de commissarissen in de vennootschapswet, zoals thans wordt overwogen, nauwkeuriger worden omschreven. Daarbij dienen moeilijk te interpre-

(1) Onder voorbehoud van wat in de vorige noot opgemerkt werd over de P.V.B.A.

(2) Zie o.a. G. KEUTGEN en M. HUYS, o.c., p. 21.

teren termen zoals verifiëren en certificeren (1), zoveel mogelijk te worden vermeden. Hun opdracht is veel duidelijker wanneer hen uitdrukkelijk opgedragen wordt toezicht te houden op het naleven van de wettelijke bepalingen (met inbegrip van de waarderingsregels), en daarbij met name de juistheid van de weergegeven gegevens te controleren en de waarderings- en voorstellingswijze te appreciëren. Vooral voor grotere ondernemingen, waar een sterke belangenvermenging tussen de leden van de verschillende organen van de vennootschap gemakkelijker kan worden vermeden, kan de rol van de commissarissen ook worden versterkt, door een duidelijker onderscheid te maken tussen het bestuur en het toezicht, met versterkte bevoegdheden voor het orgaan van toezicht, zoals voorgesteld wordt in het Belgisch voorontwerp voor een hervorming van het vennootschapsrecht (2), het voorstel voor een vijfde richtlijn van de E.G. (3), en het ontwerp statuut van een S.E. (4).

b) informatie over de bevoorrechte schuldvorderingen

356. Samenvattend mag worden besloten dat alle belanghebbenden een voldoende overzicht kunnen hebben van de voorrechten en hypothecken die op de onroerende goederen van een onderneming zijn gevestigd.

357. Hetzelfde kan niet worden gezegd voor de voorrechten op roerende goederen. Soms kan het bezit van het voorwerp van het voorrecht door de schuldeiser als een voldoende vorm van publiciteit worden beschouwd en soms lijkt een publiciteit minder noodzakelijk wegens het geringe bedrag van de bevoorrechte vorderingen of omdat de schuld is gemaakt in het gemeenschappelijk belang van de schuldeisers. Een echte publiciteit is alleen georganiseerd voor het voorrecht.

(1) Zie over de discussies terzake, nr. 220.

(2) Art. 96, §2.

(3) Art. 12.

(4) Art. 66.

van de niet betaalde verkoper van roerende goederen, en voor het pand op de handelszaak.

358. Voor het belangrijke voorrecht voor de R.M.Z. en andere sociale verzekeringsinstellingen (1) is daarentegen geen enkele publiciteit voorzien. Nu is deze publiciteit ook wel vrij moeilijk te organiseren omdat de bedragen van de bevoorrechte vorderingen voortdurend fluctueren. Vooral om de druk op de massa te verlichten wordt trouwens overwogen het bedrag van de bevoorrechte bijdragen te beperken, waarbij uiteraard ook de behoefte aan publiciteit enigszins zou afnemen. Dit kan door een beperken van de periode waarvoor de bijdragen beperkt zijn. Een andere oplossing ware de tegenstelbaarheid van het voorrecht afhankelijk te maken van het neerleggen van drie of zesmaandelijks rekeningsuittreksels door de verzekeringsorganismen op de griffie van de rechtbank van koophandel, en de tegenstelbaarheid eventueel verder te beperken tot de vorderingen van het laatste jaar waarvoor uittreksels zijn neergelegd. Deze laatste regeling biedt het voordeel niet alleen de positie van de chirografaire schuldeisers tegenover de bevoorrechte schuldeisers te verbeteren door het bedrag van de bevoorrechte vorderingen min of meer te drukken, zij biedt bovendien een bijkomende en belangrijke informatiebron over de toestand van ondernemingen.

539. Ook voor de voorrechten van de belastingadministratie gelden geen publiciteitsvoorschriften. Wel kunnen de bedragen van deze vorderingen soms worden geraamd wanneer de schatkist om inschrijving van haar wettelijke hypotheek op de onroerende goederen verzoekt, zoals werd vermeld in nr. 317. Om ook vóór het nemen van een inschrijving een beeld te krijgen van de voorrechten die op de roerende goederen drukken, kunnen ook voor de fiscale voorrechten de maatregelen worden overwogen die besproken werden in de vorige alinea inzake de voorrechten van de sociale verzekeringsinstellingen.

(1) Zie nr. 313 e.v.

360. Tenslotte kan zoals eerder werd aangestipt, worden overwogen het bedrag van de door roerende voorrechten gedekte schuldvorderingen te vermelden in de jaarrekeningen. Het ontwerp voor een vierde richtlijn voorziet reeds een gelijkaardige bepaling voor de voorrechten die door zakelijke zekerheden gedekt zijn, en die ook volgens het nu geldende vennootschapsrecht in de balans moeten worden vermeld. Meer dan een algemene aanduiding over de betalingsgewoonten van een onderneming kan een dergelijke vermelding nochtans niet geven omdat de bedragen van veel door roerende voorrechten gedekte vorderingen snel en sterk fluctueren kunnen.

c) informatie over betalingsmoeilijkheden

361. Voor al gerezen betalingsmoeilijkheden is haast geen enkele publiciteit georganiseerd. Alleen het protesteren van handelseffecten wordt gepubliceerd. Inlichtingen over gerezen betalingsmoeilijkheden kunnen alleen worden bekomen door toevallige relaties met andere ondernemingen, advocaten of gerechtelijke instanties die bij deze moeilijkheden werden betrokken. Het kan normaal worden genoemd dat aan vaststellingen tijdens een gerechtelijk onderzoek of aan een dagvaarding tot betaling geen algemene ruchtbaarheid wordt gegeven. Een dagvaarding tot betaling van bijdragen voor de R.M.Z. verdient daarentegen meer aandacht wegens de bijzondere positie die de R.M.Z. inneemt bij faillissementen. Het meedelen van een dagvaarding door de R.M.Z., bij voorbeeld in de Moniteur du Commerce belge zou, indien zij snel genoeg gepubliceerd wordt, een welkome bijkomende waarschuwing bieden voor alle belanghebbenden. Ook kan worden onderzocht of vonnissen, en zeker verstekvonnissen en vonnissen tot betaling van R.M.Z.-bijdragen waarin een uitstel van betaling wordt toegestaan, en beslagvonnissen, niet kunnen worden neergelegd in een voor iedereen toegankelijk dossier zoals het vennootschapsdossier bij het handelsregister of het handelsregister. Tijd kan zeker worden gewonnen wanneer ook de daartoe strekkende dagvaardingen worden neergelegd. Voor over de gegrondheid van de eis is geoordeeld, druist het meedelen van de dagvaarding nochtans in tegen het rechtsgevoel van velen. Het kan het vertrouwen in de

kredietwaardigheid mede daarom, nodeloos schokken. Het meedelen van de vonnissen veronderstelt geen wijziging van de bestaande geheimhoudingsplicht. Bij strafrechtelijke uitspraken is alleen een afwijking vereist van de gewoonte om de namen van de partijen niet te vermelden. Voor deze afwijking, en zelfs voor een meer ingrijpende wijziging van de geheimhoudingsplicht pleiten nochtans sterke argumenten wanneer het ondernemingen betreft. Hierbij dient daarom de vraag te worden gesteld of in het economisch recht, mede om de in nr. 60 als motivering van de begripsomschrijving aangehaalde redenen, geen andere, geringere discretieplicht geldt dan in andere rechtstakken (1). Het neerleggen van dergelijke vonnissen kan ook worden meegedeeld in de Moniteur du Commerce belge. Vermits deze vonnissen publiek worden uitgesproken (2) en soms ook in de vakpers gepubliceerd worden, is een dergelijke procedure niet strijdig met de bescherming van de rechten van de onderneming die tot betaling wordt veroordeeld of tegen wie beslag wordt gelegd.

362. Tenslotte moet worden betreurd dat geen enkele internationale publiciteit of uitwisseling van gegevens is voorzien om inlichtingen over concernondernemingen of buitenlandse vestigingen te centraliseren.

3) informatie van de bevoegde (gerechtelijke) autoriteiten

363. Art. 442, 1 Wb. v. Kph. draagt de rechtbanken van koophandel op, telkens wanneer aan de voorwaarde daartoe voldaan is, ambtshalve een faillissement uit te spreken. De rechtbank wordt daarmee aangeduid als de instantie die belast is met de toepassing van het faillissementsrecht ter

(1) Zie over de aard van het zakengeheim: R. HENRION, La comptabilité et le droit, p. 285 e.v., waar wordt gesteld dat deze geheimhoudingsplicht altijd een vooral utilitair karakter heeft gehad, en nauw verwant is met de geldende opvatting over de onderneming. De auteur waarschuwt daarbij tegen een opvatting van de onderneming en het zakengeheim die de ondernemingsleiding te sterk afsluit van de andere leden van de onderneming en buitenstaanders.

(2) Art. 96 G.W. en art. 757 Ger.Wb.

behartiging van het algemeen belang. De rechtbanken kunnen als interne werkverdeling bepaalde aspecten van hun opdracht toevertrouwen aan de zgn. depistagediensten (1). Maar ook indien de rechtbank niet het initiatief neemt tot het oprichten van een depistagedienst, moet zij over de gegevens kunnen beschikken die toelaten na te gaan of aan de voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement voldaan is. Eerder werd al aangestipt dat de rechtbanken in principe alleen toegang hebben tot de voor iedereen beschikbare gegevens. Bijkomende gegevens kunnen zij alleen door de vrijwillige medewerking van derden (gerechtelijke instanties of particulieren) verkrijgen. Voor een beoordeling van de voor de rechtbanken beschikbare gegevens dient dus op de eerste plaats terug verwezen te worden naar de beoordeling van de gegevens waartoe alle belanghebbenden toegang hebben.

364. Inzake het beoordelen van de algemene^e financiële toestand van een onderneming, of van de op haar activa gevestigde voorrechten wijkt de informatiebehoefte van de rechtbank waarschijnlijk niet wezenlijk af van de behoeften van de eerder besproken groepen belanghebbenden. Wegens hun opdracht om in het algemeen belang tijdig in te kunnen grijpen wanneer een onderneming financiële moeilijkheden kent, is de behoefte van de rechtbank aan informatie over betalingsmoeilijkheden daarentegen groter dan andere betrokkenen. Belangrijker misschien nog is, dat het meedelen aan de rechtbank van gegevens die terzake dienstig kunnen zijn, soms gemakkelijker kan worden georganiseerd omdat het dikwijls het uitwisselen van gegevens tussen gerechtelijke of administratieve instanties betreft. Dikwijls volstaat zelfs een bundelen van gegevens waarover de rechtbank al beschikt. In dat laatste geval is het uiteraard overbodig het meedelen van deze gegevens bij de wet te voor-

(1) Zie o.a. Brussel, 5 maart 1975, J.T. 1975, 346 e.v.; Brussel, 29 april 1976, J.T. 1976, p. 465 e.v.

zien. Alleen de verwerking van de inlichtingen kan dan nog het voorwerp van een wettelijke regeling uitmaken. Een harmonisatie van de wijze waarop de gegevens worden bijgehouden kan wenselijk zijn om het uitwisselen van gegevens tussen de rechtbanken te vergemakkelijken. Deze uitwisseling is soms noodzakelijk om een inzicht te krijgen in de situatie van onderling afhankelijke ondernemingen met afzonderlijke rechtspersoonlijkheid en maatschappelijke zetels in verschillende rechtsgebieden. Het zou inzake concernondernemingen en buitenlandse vestigingen trouwens aanbeveling verdienen deze gegevens internationaal uit te wisselen tussen alle vestigingsplaatsen. Zo kan worden overwogen de rechtbanken te vragen een dossier te openen over elke onderneming waartegen beslag wordt gelegd (1), die een uitstel van betaling verkrijgt, of veroordeeld wordt tot het betalen van een schuld die meer bedraagt dan een nader bepalen bedrag of een bepaald percentage van het maatschappelijk kapitaal of vermogen (2). Omdat al bij het beoordelen van een verzoek tot het verlenen van uitstel van betaling een inzicht in de algemene financiële toestand van de onderneming noodzakelijk is, verdient het zelfs aanbeveling een dergelijk dossier te openen bij het dagvaarden tot betaling van een schuld die meer bedraagt dan een bepaald bedrag of percentage van het maatschappelijk kapitaal (2).

(1) Zie over de informatie inzake vorderingen van de R.M.Z. ook: A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 35 e.v.; en over de verplichting voor gerechtsdeurwaarders om de rechtbank van koop-handel in te lichten over het beslag dat zij leggen ten bate van vennootschappen of personen die ingeschreven zijn in het handelsregister: art. 1390, 3° lid Ger.Wb., zoals gewijzigd door W. 10 januari 1975, B.S. 4 februari 1975, en uitvoeringsbesluit (van art. 1390, 1° lid waarvan het toepassingsgebied werd uitgebreid) K.B. 13 januari 1970, B.S. 27 januari 1970.

(2) Om een vlot toepassen van een dergelijke regeling mogelijk te maken, verdient het aanbeveling, ofwel art. 43, 3°, 702, 2° of 703 Ger.Wb. te wijzigen door het maatschappelijk kapitaal op te nemen op de lijst van de in de dagvaarding te vermelden gegevens, ofwel art. 744 Ger.Wb. betreffende de conclusies in dezelfde zin te wijzigen, of nog door een wijziging van art. 721 (met opdracht tot toevoeging aan het dossier voor de griffie) of 744 Ger.Wb. een afschrift van de laatste jaarrekeningen toe te voegen aan het dossier van de rechtspleging bij elke dagvaarding tot invordering. Wellicht verdient deze laatste formule de voorkeur. Het openen van een .../...

Overwogen kan ook worden de inlichtingen die volgens de door de paritaire comités vast te stellen regels aan de overheid moeten worden doorgegeven bij een dreigende sluiting van een onderneming, ook ter beschikking van de rechtbank van koop-handel te stellen (1), en ook bij het vernemen van deze inlichtingen een dossier over de betrokken onderneming te openen. Dit dossier kan verder een overzicht bevatten van de andere beschikbare inlichtingen, bijvoorbeeld een copie van de in het vennootschapsdossier neergelegde stukken (2), een afschrift van de op de griffie neergelegde facturen (3), of een verwijzing naar het desbetreffende register, en een lijst van voorrechten of hypotheekbewaarder. Indien al deze stukken opgenomen zouden worden in het vennootschapsdossier, zou volstaan kunnen worden met een verwijzing naar dit dossier. De griffie kan dan worden opgedragen een inventaris van de neergelegde stukken op te maken voor het dossier van de depistagedienst, en de rechtbank op de hoogte te brengen van het neerleggen van nieuwe stukken (zie verder onder nr. 366 e.v.). Indien deze gegevens niet gecentraliseerd worden in het vennootschapsdossier of handelsregister, dienen de depistagediensten bevoegd te zijn om de griffies en hypotheekbewaarders op te dragen een copie over te maken van alle neergelegde stukken of inschrijvingen betreffende ondernemingen waarover de dienst een dossier aanlegt.

(2) ./.. dossier bij de depistagedienst kan dan ofwel gebeuren op verzoek van de voorzitter van de behandelende kamer, of na een opmerking van de griffie na controle van het dispositief van de conclusies en de opgave van het maatschappelijk kapitaal.

(1) Zie over de informatie bij de sluiting van een onderneming art. 3 van de W. 28 juni 1966 (B.S. 22 juli 1966), gewijzigd door de W. 20 juli 1968 (B.S. 1 augustus 1968); zie over de bij K.B. bekrachtigde beslissingen van paritaire comités en het in andere sectoren toe te passen K.B. 20 september 1967 (B.S. 5 oktober 1967): P. VAN DE VELDE, in R. BLANPAIN, Arbeidsrecht, II, p. 23-31 e.v.

(2) Zie over het vennootschapsdossier verder nr. 366 en 370.

(3) Zie art. 20, 5° Hyp.W.

B. Toegankelijkheid van de te verstrekken gegevens

- 1) voor de groepen die deel uitmaken van de onderneming

365. Voor deze groepen geldt uiteraard ook wat verder zal worden gezegd over de toegankelijkheid van de gegevens waartoe in principe alle belanghebbenden toegang hebben. Omdat deze groepen nauwer bij de onderneming betrokken zijn, hebben zij bovendien bijkomende mogelijkheden om kennis te nemen van de beschikbare gegevens. Het moge volstaan hier voor de werknemers te verwijzen naar wat eerder werd gezegd in nr. 346, en voor de aandeelhouders in nr. 345.

- 2) voor alle belanghebbenden

366. In de vorige afdelingen zijn bij het bespreken van georganiseerde vormen van publiciteit de volgende bronnen ter sprake gekomen:

- de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad (oprichtingsakte, jaarrekening);
- het vennootschapsdossier bij het handelsregister en het register voor de buitenlandse vennootschappen die niet ingeschreven zijn in het handelsregister maar volgens art. 199 Venn.W. wel onderworpen zijn aan de Belgische publiciteitsvoorschriften (statuten, jaarrekeningen) (1);
- het handelsregister (2);
- het register bij de griffie van de rechtbank van koophandel voor de neergelegde facturen (3);
- het register bij de hypotheekbewaarder voor inschrijvingen van een pand op een handelszaak (4);

(1) Zie K.B. 7 augustus 1973 (B.S. 15 augustus 1973); opgemerkt kan worden dat dit besluit - genomen in uitvoering van de W. 6 maart 1973 tot aanpassing van het Belgisch vennootschapsrecht aan de richtlijn van 9 maart 1968 - de opening van gelijkaardige dossiers voorziet voor burgerlijke vennootschappen die de vorm hebben aangenomen van een handelsvennootschap.

(2) Gecoördineerde wetten, K.B. 20 juli 1964 (B.S. 8 aug. 1964).

(3) Art. 20, 5° Hyp.W.

(4) W. 25 oktober 1919 (B.S. 21 november 1919) art. 4.

- het register bij de hypotheekbewaarder van de inschrijvingen van voorrechten en hypotheken op onroerende goederen met vermeldingen van de overgeschreven voorrechten (1);
- de Moniteur du Commerce belge (protesten van handelseffecten).

367. Deze opsomming kan enigszins gesystematiseerd worden door enerzijds de bronnen die een globaal overzicht geven van de toestand van een onderneming te groeperen, en anderzijds de informatiebronnen over de op de activa gevestigde voorrechten en hypotheken. Tot de eerste groep behoren de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad, de vennootschapsdossiers in het bijzonder register van de vennootschappen bij het handelsregister, en het handelsregister. Tot de tweede behoren voor de onroerende activa het register bij de hypotheekbewaarder van de inschrijvingen van voorrechten en hypotheken en door overschrijving bewaarde voorrechten, en voor de roerende goederen het register van de neergelegde facturen bij de griffie van de rechtbank van koophandel en het register bij de hypotheekbewaarder van de inschrijvingen van een pand op een handelszaak.

368. De versnippering van de gegevens zoals die uit deze opsomming blijkt, kan in de praktijk nog groter zijn. De inschrijvingen van voorrechten en hypotheken op onroerende goederen moeten immers worden genomen in het rechtsgebied waarin de goederen gelegen zijn (2). Het volstaat dus niet altijd inlichtingen in te winnen op het kantoor van de bewaarder van hypotheken voor het rechtsgebied waar de maatschappelijke zetel of het bestuur van de onderneming gevestigd is. Het nemen van inschrijvingen van een pand op de handelszaak en het neerleggen van facturen dient daarentegen te gebeuren op het kantoor van de bewaarder van hypotheken of de griffie van de rechtbank van koophandel van het arrondissement waarin de

(1) Zie nrs. 324 e.v.

(2) Art. 82 Hyp.W.

handelszaak gelegen is (1) of waar de schuldenaar zijn woon- of verblijfplaats heeft (2).

369. Ook de inschrijving in het handelsregister dient genomen te worden in elk rechtsgebied van een rechtbank van koophandel waar de onderneming in een hoofdinrichting, filiaal of bijkantoor een handelswerkzaamheid uitoefent (3) en waar de maatschappelijke zetel is gevestigd (4). Bovendien worden de belangrijkste gegevens uit de dossiers van het handelsregister gecentraliseerd in het Centraal Handelsregister, waar zij door iedereen kosteloos geraadpleegd kunnen worden (5).

370. Belangrijker voor de vennootschappen dan het dossier in het handelsregister, is het vennootschapsdossier in het bijzonder register van de vennootschappen bij het handelsregister (6). Dit dossier moet aangelegd worden bij de griffie van de rechtbank van koophandel van het rechtsgebied waarin de maatschappelijke zetel van de vennootschap gevestigd is, of waar een buitenlandse vennootschap een filiaal, bijkantoor of andere bedrijfszetel heeft (7). Buitenlandse vennootschappen die aan de Belgische publicatievoorschriften onderworpen zijn omdat zij in België een publiek beroep doen op de kapi-

(1) Art. 4 W. 25 oktober 1919.

(2) Art. 20, 5° Hyp.W.

(3) Art. 4 K.B. 20 juli 1964.

(4) Idem, art. 5.

(5) Idem, art. 37, en voor de organisatie van het Centraal Handelsregister ook het K.B. 25 september 1964 (B.S. 14 oktober 1964).

(6) Zie voor een opsomming van de in dit dossier neer te leggen stukken o.a. de afdelingen I en II, en J. RONSE, De vennootschapswetgeving 1973, nrs. 25 e.v., 50 e.v., 68 e.v. en 76 e.v.

(7) Art. 10, §1 Venn.W.

taalmarkt (1), maar geen bedrijfszetel in België hebben, kunnen een dossier openen in het bijzonder register van de vreemde vennootschappen op een griffie van een rechtbank van koophandel naar keuze (2). Deze laatste regel is minder gelukkig. Zij kan deze dossiers moeilijk toegankelijk maken, omdat juist bij deze vennootschappen de regel niet geldt dat het inschrijvingsnummer in het register, en de plaats waar het werd aangelegd, vermeld moet worden op alle stukken die uitgaan van de vennootschap. In andere vennootschappen geldt deze regel, die het raadplegen van de vennootschapsdossiers zeker vergemakkelijkt, wel. Dit inschrijvingsnummer is immers hetzelfde als het inschrijvingsnummer bij het handelsregister (3) dat altijd op alle stukken die uitgaan van een handelaar of handelsvennootschap moet worden vermeld (4). Het lijkt wenselijker de dossiers van deze buitenlandse vennootschappen te concentreren te Brussel. De gegevens die neergelegd moeten worden in het vennootschapsdossier, worden niet gecentraliseerd in het Centraal Handelsregister. Wel moeten een aantal van de neer te leggen stukken gepubliceerd worden in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad. Dit geldt o.a. voor de oprichtingsakten, akten van statutenwijzigingen van de N.V., de commanditaire vennootschap op aandelen en de coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, en de jaarrekeningen van de N.V. en de commanditaire vennootschap op aandelen. Van andere neergelegde akten wordt een uittreksel gepubliceerd, zoals van de oprichtingsakten van een P.V.B.A., een commanditaire vennootschap, een coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid en een V.O.F., of wordt alleen het neerleggen van de akte bekendgemaakt. Dit

(1) Art. 199 Venn.W.

(2) Art. 10, §1 Venn.W.; zie hierover verder, en met name over de lichte verbetering die werd gebracht door het verplicht vermelden van de datum waarop, en de plaats waar deze stukken zijn neergelegd in andere publicaties bij een publiek beroep op de Belgische kapitaalmarkt, J. STEENBERGEN, R.W. 1975-1976, kol. 825.

(3) Art. 2 K.B. 7 augustus 1973.

(4) Art. 39 K.B. 20 juli 1964.

geldt ondermeer voor de jaarrekeningen van een P.V.B.A. of een coöperatieve vennootschap (1). De publicatie in de Bijlagen maakt het mogelijk stukken te raadplegen buiten de griffie waar zij werden neergelegd. Omdat het vrij moeilijk is stukken terug te vinden in de Bijlagen wanneer men niet over een volledige referentie beschikt, kan het publiceren vooral nuttig zijn voor abonnés die de Bijlagen dagelijks volgen. Het belang van een publicatie in de Bijlagen mag daarom niet worden overschat.

371. Op de eerste plaats kan worden betreurd dat naast het vennootschapsdossier bij het handelsregister voor Belgische en buitenlandse vennootschappen die ingeschreven zijn in het handelsregister, en het vennootschapsdossier in het bijzonder register voor de vreemde vennootschappen die niet ingeschreven zijn in het handelsregister, nog een dossier moet worden aangelegd in het handelsregister voor de daarin ingeschreven vennootschappen (2). Het naast elkaar bestaan van deze dossiers waarin verschillende stukken moeten worden neergelegd, terwijl zij eigenlijk eenzelfde functie vervullen, betekent een nodeloze complicatie van de administratie en de administratieve verplichtingen van de ondernemingen. Het verdient zeker aanbeveling de verschillende dossiers samen te brengen in een register voor niet-geïncorporeerde ondernemingen of handelaars, en voor handels- of burgerlijke vennootschappen (3). Het register voor de niet-geïncorporeerde ondernemingen zou zeker aan belang winnen indien ook niet-geïncorporeerde ondernemingen jaarrekeningen moeten opstellen, en melding gemaakt dient te worden van de in de volgende alinea opgesomde stukken.

(1) Zie over de publicatievoorschriften verder: J. RONSE, Vennootschapswetgeving 1973, p. 14 e.v., nrs. 24 e.v. en m.n. p. 18, nr. 33.

(2) Zie o.a. J. RONSE, Vennootschapswetgeving 1973, p. 26, nr. 51.

(3) Het onderscheid tussen handelsvennootschappen en burgerlijke vennootschappen die de vorm van een handelsvennootschap hebben aangenomen is al aanzienlijk beperkt door het invoeren van een register voor de burgerlijke vennootschappen waarin dezelfde stukken moeten worden neergelegd als in het vennootschapsdossier voor de handelsvennootschappen met eenzelfde rechtsvorm.

372. Inzake de bevoorrechte schuldvorderingen lijkt een centraliseren van de gegevens eveneens aangewezen. Een eerste stap daartoe kan worden gezet door het overbrengen van de registers voor de inschrijvingen van een pand op de handelszaak naar de griffie van de rechtbank van koophandel van het rechtsgebied waarin de handelszaak gelegen is. Indien men omwille van het gemengd roerend en onroerend karakter van de handelszaak, terzake toch een volledige informatie op het kantoor van de hypotheekbewaarder wil aanhouden, kan men ook een regeling ontwerpen waarbij ofwel de hypotheekbewaarder, ofwel de griffie van de rechtbank van koophandel, een afschrift van de akte aan de andere instantie dienen te zenden. Zo zou men bereiken dat maar twee bronnen geraadpleegd dienen te worden met een zo klaar mogelijke bevoegdheidsomlijning: het vennootschapsdossier voor de algemene inlichtingen en de inlichtingen betreffende roerende goederen, en de hypotheekbewaarder betreffende onroerende goederen.

373. Een meer radicale harmonisatie kan worden bereikt door de griffiers en de hypotheekbewaarders op te dragen ambtshalve van elk neerleggen van facturen of inschrijvingen of overschrijven van akten waarin een pand op een handelszaak of een voorrecht of hypotheek op onroerende goederen van een handelaar wordt gevestigd, melding te maken of te laten maken in het vennootschapsdossier of het dossier van de handelaar bij het handelsregister. Ook eventuele rekening-uittreksels van bijdragenschulden bij sociale verzekeringsorganismen of belastingsschulden kunnen in deze dossiers worden opgenomen. Pas dan kan door het raadplegen van één dossier een overzicht worden gekregen van de globale financiële toestand van een onderneming en van de voorrechten die op de activa drukken.

374. Om ook de informatie over betalingsmoeilijkheden beter toegankelijk te maken, kan worden overwogen in het dossier van de handelaar of de vennootschap bij het handelsregister, melding te maken van dagvaardingen door de R.M.Z., vonnissen

tot betaling van een schuld die meer bedraagt dan een bepaald bedrag of percentage van het maatschappelijk kapitaal of vermogen, vonnissen waarbij een uitstel van betaling wordt toegestaan, en beslagvonnissen (1). Bovendien kan het wenselijk zijn naast het protesteren van handelseffecten, ook andere zeer symptomatische betalingsmoeilijkheden zoals een dagvaarding door de R.M.Z., te vermelden in de Moniteur du Commerce belge.

375. Tenslotte moet nog even worden stilgestaan bij de rol van het Centraal Handelsregister. Ook in zijn huidige vorm biedt het Centraal Handelsregister een zeer nuttige index op de handelsregisters, en zo op de registers van de vennootschappen. Het centraliseren van de gegevens die neergelegd dienen te worden in de vennootschapsdossiers, vergt wellicht belangrijke investeringen om het Centraal Handelsregister om te vormen tot een werkelijke data-bank (2). De bescherming van de ondernemingen over wie inlichtingen worden verzameld, hoeft daarbij niet tot terughoudendheid aan te sporen, omdat in de bank alleen gegevens zouden worden opgenomen die nu al door iedereen geraadpleegd kunnen worden (3).

3) voor de rechtbank van koophandel

376. Hier kan het volstaan terug te verwijzen naar wat werd geschreven in nr. 363 bij de beoordeling van de voor de rechtbank beschikbare gegevens.

(1) Zie nr. 362. Hierbij kan eraan worden herinnerd dat ook nu sommige vonnissen opgenomen dienen te worden in het handelsregister; zie bijv. art. 8, 11° en 25, 27, 29, 33 van het K.B. 20 juli 1964.

(2) Zie voor realisaties terzake in Nederland: B.W. BEUNK, Het bedrijfsleven in Nederland op een data-bank, T.V.V.S. 1974, 175 e.v.

(3) Zie over de kwalificatie van een dergelijke data-bank bijv. art. 12 en 19 van het wetsontwerp tot bescherming van het privéleven, waardoor deze bank zelfs gerekend kan worden tot de groep die vrijgesteld kan worden van de vergunningsregeling, en zie daarover ook de memorie van toelichting p. 14, Ministerie van Justitie, document nr. 3194 L. Zie voor Nederland: B.W. BEUNK, l.c., p. 179: de regeling terzake is nog niet vastgelegd. Verwacht wordt dat alleen te .../...

C. Rechtsmiddelen om naleving te bekomen van de besproken bepalingen

377. De organisatie van de rechtsbescherming zal verder globaal worden behandeld.

(3) ./. publiceren gegevens voor allen toegankelijk kunnen zijn, en de andere gegevens alleen voor wie hen beschikbaar stelde, in casu de Kamers van Koophandel en Fabrieken.

HOOFDSTUK II:

RECHTSMIDDELEN WAAROVER BELANGHEBBENDEN INDIVIDUEEL
OF ALS BELANGENGROEP BESCHIKKEN

378. Eerder werd al gesteld (1) dat bij een zo logisch mogelijke indeling van het faillissementsrecht in een derde fase, alle procedures voor het regelen van betalingsmoeilijkheden moeten worden besproken die niet leiden tot de liquidatie van een onderneming, of die ingezet kunnen worden vóór een onderneming insolvent wordt. Daar werd ook vermeld dat beide criteria slecht aansluiten bij het Belgische faillissementsrecht, indien men zo de maatregelen ter voorkoming van een faillissement wil groeperen. Het eerste omdat in België een faillissement niet noodzakelijk leidt tot vereffening, wat hier zeker niet moet worden betreurd. Het tweede omdat in België een faillissement moet worden uitgesproken zodra een handelaar zijn betalingen gestaakt heeft en zijn krediet aan het wankelen is gebracht (2). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord zullen daarom in de volgende twee hoofdstukken herhaaldelijk ter sprake komen, maar niet op zichzelf systematisch worden onderzocht.

379. In dit hoofdstuk wordt nagegaan over welke rechtsmiddelen de verschillende belangengroepen individueel beschikken om hun positie te verstevigen, om de effectiviteit ervan te beoordelen en te onderzoeken in hoeverre zij aanleiding kunnen geven tot belangenconflicten. Daarbij wordt vooral rekening gehouden met twee groepen rechtsmiddelen. Soms kan een aangepast beleid de bedrijfseconomische moeilijkheden nog oplossen zonder dat een onderneming vereffend hoeft te worden. Daarom wordt overlopen in hoeverre de betrokkenen het beleid van een onderneming met een wankelende financiële positie kunnen beïnvloeden om hun belangen te beschermen. Maar financiële moeilijkheden kunnen slechts aanleiding geven tot een werkelijk rechtsbeschermingsprobleem indien bepaalde betrokkenen duidelijk schade lijden. Er dient dus ook nagegaan te worden in hoeverre de betrokkenen zich aan de moeilijkheden kunnen onttrekken. Het is daarbij niet de bedoeling elk van de vermelde rechtsmiddelen grondig te ontleden, maar alleen de invloed ervan te onderzoeken op de rechtsbeschermingsproblemen die rijzen bij ondernemingen in moeilijkheden. Vermits in nr. 116 ook het algemeen belang vermeld werd als een van de te beschermen belangen, wordt ook onderzocht over welke instrumenten de overheid beschikt. Daarna wordt bij wijze van

(1) Zie nrs. 124 e.v.

(2) Zie voor een kort rechtsvergelijkend overzicht van de voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement, nrs. 125 e.v.

conclusie nagegaan in welke mate het individueel aanwenden van deze rechtsmiddelen gecoördineerd dient te worden om belangenconflicten te vermijden, en in hoeverre deze rechtsmiddelen in procedures voorzien die daartoe de gelegenheid bieden.

380. Een algemene beoordeling van de besproken rechtsmiddelen kan moeilijk worden gegeven. Meestal waarborgen zij geen oplossing voor de bedrijfseconomische moeilijkheden die het basisprobleem vormen in elke faillissementsrechtelijke context. Deze moeilijkheden behoren trouwens tot de normale risico's in elke ondernemingsactiviteit. Bij het beoordelen van de besproken rechtsbeschermingsmiddelen hoeft daarom ook niet nagegaan te worden of zij bij machte zijn de betrokkene voor elk dreigend verlies te behoeden. Wel moet in de mate van het mogelijke worden onderzocht of iedereen over alle mogelijkheden beschikt die redelijkerwijze denkbaar zijn om een verlies te vermijden of te beperken, en of de lasten van de bedrijfseconomische moeilijkheden billijk over de betrokkenen worden verdeeld. Daarbij dient bijzondere aandacht geschonken te worden aan de vraag of het aanwenden van de vermelde rechtsmiddelen andere betrokkenen benadelen kan.

Afdeling I. Rechtsmiddelen waarover de aandeelhouders beschikken

381. Voor de aandeelhouders staan er in principe twee wegen open op het ogenblik dat zij moeilijkheden vrezen. Zij kunnen ofwel hun aandelen trachten te verkopen, ofwel proberen bij te dragen tot, of althans aandringen op het vinden van een oplossing voor de dreigende moeilijkheden.

382. De motieven die hen bewegen bij een keuze tussen beide houdingen hoeven hier niet besproken te worden. De mate waarin deze gedragslijnen een reële bescherming bieden, is meestal afhankelijk van de mate waarin de toestand van de onderneming nog rechtgetrokken kan worden. Dit geldt uiteraard voor de kansen om door het uitoefenen van de bevoegdheden van de aandeelhouders, de financiële positie van de onderneming te verbeteren. Ook het overdragen van aandelen tegen een redelijke prijs, veronderstelt dat anderen bereid zijn de aandelen tegen die prijs over te nemen. De prijs die zij bereid zijn te betalen is normaal afhankelijk van de toekomstverwachtingen van de onderneming. Andere rechtsmiddelen zijn moeilijk denkbaar, buiten de theoretisch altijd mogelijke verzekering van het risico.

383. Het wijzigen van het beleid van een onderneming, kan conflicten veroorzaken met andere bij die onderneming betrokken belangengroepen. Een verschuiving van het aandelenbezit, kan dezelfde gevolgen hebben omdat de nieuwe aandeelhouders kunnen opteren voor een voor sommigen minder gunstig bedrijfsbeleid. Maar deze belangenconflicten kunnen meestal niet op zichzelf als rechtsbeschermingsprobleem worden gekwalificeerd. Conflicten met de werknemers volgen immers in principe niet uit de wijziging in het bedrijfsbeleid zelf, maar uit het feit dat het bedrijfsbeleid gewijzigd kan worden zonder de instemming van de werknemers. De positie van de werknemers in de onderneming wordt in de volgende paragraaf behandeld. Hetzelfde argument geldt in nog sterkere mate tegenover de schuldeisers. In een ondernemingsgewijze georganiseerde economie, gelden als basisbeginselen de vrijheid van handel en nijverheid, en tot de verwezenlijking daarvan, de vrijheid tot contracteren en het eigendomsrecht (1). De verhouding met de schuldeisers dient daarom geregeld te worden op een wijze die de autonomie van de betrokken ondernemingen niet wezenlijk aantast. Het aanwenden van de vermelde rechtsmiddelen door de aandeelhouders vergt dus niet noodzakelijk een bijzonder coördinerend toezicht om een evenwicht te vrijwaren tussen de belangen van de aandeelhouders en de schuldeisers. Het overdragen van aandelen en het uitoefenen van de bevoegdheden van de algemene vergadering kan daarentegen aanleiding geven tot belangenconflicten tussen aandeelhouders die niet tot andere rechtsbeschermingsproblemen herleid kunnen worden. Daarom zal in de volgende punten vooral worden onderzocht of bepalingen werden voorzien om deze conflicten te vermijden of op te lossen.

(1) Zie met een ontleding van de juridische grondslag, nr. 40, en meer uitgebreid W. VAN GERVEN, S.E.W. 1971, 404 e.v., en voor een vonnis waar deze beginselen uitdrukkelijk worden ingeroepen: Corr. Kortrijk, 26 juni 1974, R.W. 1974-1975, kol. 548; zie verder ook J. STEENBERGEN, R.W. 1975-1976, kol. 2312 e.v., voetnoot 11.

§ 1. Overdracht van aandelen

384. Wanneer de aandeelhouders samen met de potentiële aandeelhouders als één belangengroep worden beschouwd, dreigt de overdracht van aandelen alleen het probleem te verschuiven van de oude aandeelhouders naar de overnemende aandeelhouders. Dit probleem kan worden vermeden, wanneer de inlichtingen die een aandeelhouder toelaten tijdig een onderneming te verlaten, ook beschikbaar zijn voor wie overweegt aandelen over te nemen. In dat geval wordt het probleem van de bescherming van de aandeelhouders in een onderneming in moeilijkheden, omgezet in een door de nieuwe aandeelhouders vrijwillig genomen risico, en kan het rechtsbeschermingsprobleem dus als opgelost worden beschouwd, overeenkomstig nr. 42/2.

385. In al de gevallen waarin de overdragende aandeelhouder niet over bijzondere inside information beschikt, kan de hier besproken vraag dus worden herleid tot de in het vorige hoofdstuk behandelde informatie van de aandeelhouders. Het geval van de overdragen die over inside information beschikt, dient hier evenwel wat verder te worden uitgewerkt.

A. Misbruik van voorwetenschap in het Belgisch recht

a) de Bankcommissie

386. Het Belgisch vennootschapsrecht kent nog geen specifieke bepalingen om misbruik van voorwetenschap in alle gevallen te bestrijden. Wanneer zij daartoe de gelegenheid heeft, geeft de Bankcommissie wel haar visie op de verplichtingen van beheerders en aandeelhouders (1). De Bankcommissie

(1) Zie over de bevoegdheden van de Bankcommissie, art. 26 e.v. K.B. nr. 185 van 9 juli 1975 (B.S. 10 juli 1975); W. 10 juli 1969 (B.S. 24 juli 1969, err. B.S. 7 augustus 1969, uitgevoerd door K.B. 12 november 1969 (B.S. 22 november 1969, o.a. besproken in Jaarverslag van de Bankcommissie, 1970-1971, p. 144 e.v.; zie verder o.a. A. BRUYNEEL, La Commission Bancaire Belge, Banque, 13 e.v., 125 e.v. en 247 e.v., en vnl. p. 125 e.v.; Ch. del MARMOL, La déontologie des affaires et du pouvoir, Brussel, 1973, p. 23; H. SWENNEN, Het Bankcommissietoelicht op openbare emissies, een model?, in Actori Incumbit Probatio, Antwerpen, 1975, p. 189 e.v.; E. WYMEERSCH, .../...

heeft bij herhaling gesteld dat de beheerders hun mandaat uitoefenen in het gezamenlijk belang van de aandeelhouders, en daarom de gelijkheid van de aandeelhouders strikt dienen te respecteren (1). De Commissie stelde dat al de gegevens die meegedeeld worden bij een door de vennootschap geopende emissie, opgenomen dienen te worden in het uitgifte prospectus (2), en dus geen andere gegevens meegedeeld mogen worden, en dat de gegevens in het prospectus een getrouw en actueel beeld dienen te geven van de vennootschap (3). Wanneer de raad van beheer omgekeerd advies uitbrengt over een bod dat zij ontvangt op aandelen van de vennootschap, mag de raad volgens de Commissie uitsluitend oog hebben voor het belang van de vennootschap, en niet voor het eigen belang van leden van de beheerraad of door haar vertegenwoordigde aandeelhouders (4).

(1) ./.. De Bankcommissie en de openbare uitgifte van effecten, in Economisch en Financieel recht vandaag (I), Gent, 1972, p. 127 e.v.

(1) Zie bijv. Jaarverslagen 1967, p. 172; 1969-1970, p. 169 en 172; 1970-1971, p. 146; 1974-1975, p. 173. De Commissie heeft daarbij vooral aandacht besteed aan de overdracht van controle participaties. Deze transacties behoeven meestal noch de goedkeuring van de algemene vergadering, noch van de overheid (zie Jaarverslag 1969-1970, p. 168 e.v.; 1972-1973, p. 138 e.v. en 146; 1973-1974, p. 192 e.v.; 1974-1975, p. 177 e.v.; A. BRUYNEEL, Banque 1972, p. 136. Zie verder meer specifiek over de overdracht van controle participaties: G. KEUTGEN en M. HUYS, La cession de contrôle, Rev. Banque 1974, p. 761 e.v. met een rechtsvergelijkend overzicht, en vnl. p. 764 e.v., en p. 772 e.v. waar de auteurs pleiten voor een wettelijke regeling; C. LEMPEREUR, La Commission Bancaire et les cessions privées de participations de contrôle, R.P.S. 1975, p. 119 e.v., en vnl. p. 129 e.v.). Indien de raad van beheer de meerderheidsaandeelhouders groepeert, en als beheerraad een aanbod tot overname van deze participatie ontvangt, dient zij in het belang van de hele vennootschap te handelen (Jaarverslag 1965, p. 108 e.v.; 1969-1970, p. 173). Het verdient volgens de Commissie zeker kritiek wanneer zij alleen over haar eigen participatie onderhandelt (Jaarverslag 1969-1970, p. 173). In een dergelijk geval heeft de Commissie, nadat de verkopende groep niet inging op het verzoek van de Commissie om de transactie ongedaan te maken, het bekendmaken van de verrichting geëist.

(2) Zie o.a. Jaarverslag 1972-1973, p. 137 e.v.

(3) Zie o.a. Jaarverslag 1972-1973, p. 137 e.v.

(4) Zie Jaarverslag 1974-1975, p. 173 e.v.

De Commissie sprak uitdrukkelijk zijn ongerustheid uit over de koersbewegingen die dikwijls een publiek aanbod voorafgaan, en meende deze bewegingen alleen te kunnen verklaren door het aanwenden van inside information door sommige betrokkenen. Zij stelde daarbij dat het probleem van het misbruik van voorwetenschap wel verder gaat dan het kader van de publieke aanbiedingen, maar suggereerde om de veroorzaakte schade zoveel mogelijk te beperken, het publiek maken van het aanbod zo snel mogelijk te laten volgen op het uitwerken ervan. Behalve een krachtige veroordeling van misbruik van voorwetenschap ontwikkelde de Commissie nochtans geen bijkomende regels (1).

387. Deze "jurisprudentie" van de Bankcommissie draagt ongetwijfeld sterk bij tot de ontwikkeling van een klaarder inzicht in de opdracht, rechten en verplichtingen van de beheerders, in het wezen zelf van de vennootschap (2). Het aantal gevallen waarin de Bankcommissie effectief kan optreden is nochtans bijzonder beperkt. Vermits de Bankcommissie alleen kan tussenkomen bij emissie van effecten, situeren haar interventies zich in een normalerwijze vanuit een faillissementsrechtelijke context zelden relevante sfeer. Wel kunnen de opvattingen van de Commissie over de verplichtingen van beheerders of meerderheidsaandeelhouders, de uitoefening van andere rechtsmiddelen beïnvloeden waarbij het gedrag van beheerders of aandeelhouders moet worden beoordeeld.

b) art. 203 Vennootschapswet

388. Het krachtdadigste middel om ernstige gevallen van misbruik van voorwetenschap te beteugelen, is wellicht art. 203 Venn.W., waarin al wie "door welke bedrieglijke middelen ook, hebben teweeggebracht of geppogd teweeg te brengen het rijzen of het dalen van de prijs der aandelen, der obligaties

(1) Jaarverslag 1954-1955, p. 92 e.v.; 1972-1973, p. 144.

(2) Zie in dit verband o.a. de Recommandations relatives à l'information publiées par les sociétés, Centre d'Etudes Bancaires et Financières, Brussel 1968; en verder A. BRUYNEEL, Banque 1972, p. 138.

of der andere titels van vennootschappen", strafbaar worden gesteld met een gevangenisstraf van één maand tot twee jaar en met een boete van 300 tot 10.000 BF.

389. De praktische bruikbaarheid van dit artikel voor de beteugeling van misbruik van voorwetenschap is afhankelijk van de evolutie in de opvatting over wat bedrieglijk kan worden genoemd. Wanneer op grond van de Jaarverslagen van de Bankcommissie kan worden aangenomen dat misbruik van voorwetenschap volgens de huidige opvattingen onrechtmatig is, sluit dat nog niet in dat het ook bedrieglijk is. In de meest voorkomende omschrijvingen van bedrielijke operaties wordt immers vereist dat de meegedeelde informatie "vals en leugenachtig" is (1). Bij misbruik van voorwetenschap bij het verkopen van effecten uitgegeven door een onderneming waar moeilijkheden dreigen, moet vooral worden gevreesd dat de verkoper de informatie die hem tot verkopen aanspoort, achter houdt. Het verkrijgen van gegevens is wellicht een van de praktijken waarvan het bedrieglijk karakter het moeilijkst kan worden bewezen.

c) contractuele aansprakelijkheid en rechtskracht van de overdracht tegenover de overnemer

390. Bij de beteugeling van misbruik van voorwetenschap zijn de bepalingen over het rechtsgeldig tot stand komen van een overeenkomst belangrijker dan de regels inzake de contractuele aansprakelijkheid. De overdracht van effecten, en zeker van aandelen in risicodragend kapitaal, houdt altijd een risico in. Eens de aard van het risico voldoende gekend is, kan nadien bij de verwezenlijking van het risico, bezwaarlijk beroep worden gedaan op de contractuele aansprakelijkheid van de overdrager.

(1) Zie H. BOSLY, 'Le droit pénal des sociétés, Examen de doctrine et de jurisprudence', R.P.S. 1974, p. 98, en Ch. del MARMOL, in Déontologie des affaires et du pouvoir, p. 22, waar de auteur concludeert dat art. 203 Venn.W. wellicht zelden kan worden toegepast inzake misbruik van voorwetenschap.

391. De vrijwaringsplicht tegen uitwinning (1) lijkt evenmin een aangewezen rechtsmiddel, zelfs wanneer de activa van de onderneming integraal gehypothekeerd of in pand gegeven werden. Een overdracht van aandelen mag niet verward worden met een overdracht van activa. Het is de overdracht van een deelname in een vennootschap met de beheersbevoegdheid en de vermogensrechtelijke aspecten die zulks impliceert. Dat laatste aspect omvat zowel de deelname in de verliezen als de deelname in de winst (2). De mogelijkheid om activa te hypotheke- ren is daarom een normale risicofactor bij de overdracht van aandelen. Het is bovendien een factor die althans ten dele door de overnemer kan worden onderzocht (3).

392. Een misverstand over de aard van het risico verantwoordt ook geen beroep op de contractuele aansprakelijkheid, omdat dan het bestaan van de overeenkomst zelf in vraag kan worden gesteld. Daarbij moeten de regels inzake bedrog en dwaling worden onderzocht.

393. Wegens het risico dat altijd inherent is aan de overdracht van aandelen zullen de regels inzake dwaling eerder zel-

(1) Art. 1626 e.v. B.W.

(2) Zie over het onderscheid tussen lidmaatschapsrecht en vermogensrecht: J. RONSE, Algemeen deel van het vennootschapsrecht, p. 275.

(3) Zie vorig hoofdstuk, afdeling V; zie over de vrijwaringsplicht tegen uitwinning verder: H. DE PAGE, o.c., IV, p. 156 e.v., nrs. 123 e.v. en vnl. de nrs. 125, 137 e.v. en 143. Misschien kan wel eerder sprake zijn van vrijwaringsplicht tegen eigen daad. Zie H. DE PAGE, o.c., IV, p. 162 e.v., nrs. 131 e.v. Maar juist dan zal, indien de reden tot uitwinning niet bekend was, aan de koper en wel aan de overdrager, onderzocht moeten worden of er geen sprake is van bedrog door de overdrager of dwaling bij de overnemer.

den toepassing vinden (1). Dwaling tast de rechtsgeldigheid van de overeenkomst aan omdat iemand, zonder dat de tegenpartij daarvoor verantwoordelijk is, zich volkomen vergiste inzake de -ard van de verbintenissen (2). Bij misbruik van voorwetenschap is de dwaling bij hypothese veroorzaakt door de tegenpartij. Er kan dan eventueel sprake zijn van bedrog of een combinatie van dwaling en bedrog. Bedrog veronderstelt dat iemand zijn toestemming gaf omwille van onjuiste en voor hem niet controleerbare inlichtingen van de andere contracterende partij (3). Een schuldig verzwijgen van inlichtingen kan als bedrog worden beschouwd (4). Of dit bedrog gekwalificeerd dient te worden als hoofdbedrog, wat aanleiding kan geven

(1) Zie nochtans Luik, 13 januari 1909, II, 130, besproken door H. DE PAGE, o.c., IV, p. 83, nr. 49, 2°, waar het Hof een dwaling in concreto betreffende de substantie van de zaak aanvaardde wanneer iemand die meende veilige effecten te kopen, aandelen kocht met een onzekere toekomst. Zie in dezelfde zin: Brussel, 31 mei 1933, Pas. 1934, II, p. 62; het betrof in dit geval evenwel eerder een dwaling over de substantie van het voorwerp dan over de waarde ervan, vermits de partijen zich vergist hadden door geen onderscheid te maken tussen twee reeksen effecten met een gelijkaardige benaming maar waaraan verschillende rechten werden verbonden. Maar zie in tegengestelde zin: Rb. v. Kph. Brussel, 26 juli 1902, J.T. 1903, 578 en Rb. v. Kph. Antwerpen, 22 juli 1904, J.T. 1904, 989. Zie hierover verder; C. RENARD, E. VIEUJEAN, Y. HANNEQUART, Théorie générale des obligations, Nouvelles, Droit civil, IV-1, nrs. 698 e.v. en R. VANDEPUTTE, De Overeenkomst, Brussel 1977, p. 62 e.v. en vnl. p. 65-69.

(2) Zie H. DE PAGE, o.c., IV, p. 85, nr. 50, 1°, en in het algemeen: idem, I, p. 48, nrs. 37 e.v.

(3) Zie H. DE PAGE, o.c., IV, p. 87 e.v., nr. 51 en meer in het algemeen: idem, I, p. 64, nrs. 48 e.v.; R. VANDEPUTTE, o.c., p. 69 e.v.

(4) Zie Cass., 28 april 1961, Pas. 1961, I, p. 925 met noot R.H.; zo kan met name een beheerder die aandelen verkoopt op basis van jaarrekeningen waarin belangrijke, hun bekende gegevens, niet werden vermeld, schuldig zijn aan een koopvernietigend bedrog: Brussel, 19 december 1959, R.P.S. 1961, nr. 4943; beide arresten werden besproken door MATTHYS en BAETEMAN, Overzicht van rechtspraak, Verbintenissen (1961-1964), T.P.R. 1966, p. 123, nrs. 68 en 69.

tot vernietiging van de koop, of als een bijkomend bedrag waar-
bij aan de bedrogen partij een schadevergoeding kan worden toe-
gekend, behoort tot de soevereine appreciatie bevoegdheid van
de rechter (1). Ook bij hoofdbedrog kan een schadevergoeding
worden toegekend op grond van de aansprakelijkheid wegens on-
rechtmatige daad (2).

d) aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad
tegenover de overnemer

394. Naast de rechtsmiddelen uit het contractenrecht, kan
gedacht worden aan de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige
daad van wie met misbruik van voorwetenschap aandelen verkoopt,
omdat wegens het eventueel bedrieglijk en soms zelfs strafbaar
karakter van de handeling, de beïnvloeding van de rechten van
de benadeelde niet uitsluitend in de contractuele sfeer ligt (3).
Het bewijs van de schuld van een op grond van niet onthulde
voorwetenschap handelen of verkopen zal wellicht de grootste
problemen stellen bij een beroep op deze aansprakelijkheids-
regeling. De opmerkingen van de Bankcommissie zijn daarbij
een belangrijke hulp, omdat zij door het omschrijven van de
verplichtingen van beheerders (en aandeelhouders) helpen be-
palen welk gedrag als onrechtmatig moet worden beschouwd (4).

(1) Zie H. DE PAGE, o.c., IV, p. 88, nr. 51, 2°.

(2) Zie hierover uitvoerig: L. CORNELIS, *Le dol dans la formation du contrat*, R.C.J.B. 1976, p. 37 e.v.

(3) Zie over deze voorwaarde voor de optie tussen de contrac-
tuele en de burgerlijke aansprakelijkheid: Cass., 4 juni 1971,
R.W. 1971-1972, kol. 371, en over de algemene regel van de cu-
muleerbaarheid van beide aansprakelijkheidsstelsels o.a.
Cass. 28 maart 1889, Pas. 1889, I, p. 161 en Cass., 13 fe-
bruari 1930, Pas. 1930, I, p. 115. Zie hierover verder R.
VANDEPUTTE, o.c., p. 176 e.v. Zie uitvoerig over de culpa
in contractendo en de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige
daad bij gebreken in de toestemming bij het wederkerige van
overeenkomsten: L. CORNELIS, R.C.J.B. 1976, p. 38 e.v.

(4) Zie verder over de bewijslast bij een beroep op art. 1382
B.W.: H. DE PAGE, o.c., II, p. 878, nr. 912 en p. 933, nr.
938 e.v.; en over het onderscheid tussen burgerlijke en con-
tractuele aansprakelijkheid: idem, p. 893, nrs. 920 e.v.

e) aansprakelijkheid van de verkoper tegenover
de vennootschap

395. Wanneer de aandelen met misbruik van voorwetenschap verkocht werden door beheerders of commissarissen, moet naast hun persoonlijke aansprakelijkheid tegenover de overnemer, ook hun aansprakelijkheid tegenover de vennootschap worden onderzocht. Beheerders en commissarissen beschikken immers niet alleen over bijzondere informatie uit hoofde van hun functie in de vennootschap, maar uit hun verplichtingen tegenover de vennootschap volgt ook dat het gebruiken van die informatie in hun eigen voordeel, toe kan laten van een misbruik en een onrechtmatig handelen te spreken (1). Indien de vennootschap kan aantonen dat zij, en dus de andere aandeelhouders als groep, schade leden door de hier besproken transacties, kan zij een vordering instellen op grond van art. 1382 of op grond van de contractuele aansprakelijkheid van de beheerders tegenover de vennootschap (2). Omdat de transacties geen onmiddellijke overtreding van de vennootschapswet veronderstellen, en ook de statuten geen bepalingen voorzien over misbruik van voorwetenschap, zijn zij niet hoofdelijk maar individueel aansprakelijk tegenover de vennootschap en tegenover derden (3). Bij vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid kan alleen de vennootschap de vordering instellen tot vergoeding van de schade die de vennootschap en de andere aandeelhouders als aandeelhouders lijden. Het instellen van de actio mandati behoort tot de uitsluitende bevoegdheid van de algemene vergadering of desgevallend van de vereffenaars of de curator (4). In deze vennootschappen kunnen aandeelhouders wel een vordering tegen de beheerders instellen tot vergoeding van een individuele schade die onderscheiden kan worden

(1) Zie Jaarverslagen van de Bankcommissie, 1967, p. 172; 1969-1970, p. 172; 1974-1975, p. 173.

(2) Zie hierover J. RONSE, o.c., p. 448 e.v., 454 e.v., 457 e.v. en 465 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, 1^o uitg., p. 395, nrs. 607 e.v.

(3) Zie J. RONSE, o.c., p. 451 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, 1^o uitg., p. 394 e.v., nrs. 606 e.v.

(4) Zie art. 62 en 66 Venn.W.; J. RONSE, o.c., p. 457 e.v.; .../...

van de schade die alle aandeelhouders leden in evenredigheid met hun belang in de vennootschap (1). Bij misbruik van voorwetenschap tegenover een overnemende aandeelhouder zal dikwijls, zoniet meestal, aan deze voorwaarden voldaan zijn. Derden beschikken altijd over een individueel vorderingsrecht.

f) aansprakelijkheid van de vennootschap
tegenover de overnemers

396. Of de vennootschap aangesproken kan worden voor schade die derden leden wegens het misbruik van voorwetenschap door een beheerder of commissaris, is **goeddeels afhankelijk** van de omstandigheden waarin de beheerder of commissaris de aandelen overdroeg. Deze omstandigheden zullen meestal beslissend zijn bij het beantwoorden van de vragen of de beheerder of commissaris binnen zijn formele bevoegdheidssfeer handelde, ofwel of derden er op mochten vertrouwen dat zij binnen hun organieke bevoegdheid handelden. Indien op een van beide vragen positief kan worden geantwoord, mag aangenomen worden dat de band tussen de transactie en de functie van de overdrager voldoende ~~sterk~~ was om de daad aan de vennootschap toe te rekenen volgens de regels van de organieke vertegenwoordiging (2). In dat geval kunnen derden ook de vennootschap aanspreken tot vergoeding van de door hen geleden schade. De vennootschap en de individuele beheerder of commissaris zijn dan in solidum aansprakelijk met de vennootschap (3). De opmerkingen die in nr. 235 werden gemaakt over het samenlopen van individuele vorderingen van derden met een vordering van de curator bij een beroep op de individuele aansprakelijkheid van de organen van een vennootschap, gelden ook hier.

(4) ./ J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, 1^o uitg., p. 396 e.v., nrs. 606 e.v.

(1) J. RONSE, o.c., p. 461 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, 1^o uitg., p. 398, nr. 614.

(2) Zie hierover J. RONSE, o.c., p. 360 e.v., nrs. 400 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, 1^o uitg., p. 404 e.v., nrs. 633 e.v.

(3) J. RONSE, o.c., p. 400 e.v. en p. 467.

g) beoordeling van de rechtsmiddelen in het
Belgisch recht

397. Bij het beoordelen van de rechtsbescherming die door de besproken rechtsmiddelen wordt geboden, dient rekening gehouden te worden met de moeilijkheden bij het opsporen van transacties waarbij misbruik werd gemaakt van voorwetenschap. De aandelen zijn meestal aan toonder, en ook voor beheerders en commissarissen geldt geen enkele verplichting om hun aandelen op naal te zetten of hun transacties mee te delen aan de vennootschap (1). Praktisch kan daarom alleen verwacht worden dat een procedure wordt ingezet door de benadeelde overnemer, die zelf evenwel dikwijls moeilijk kan nagaan of een verkoper misbruik maakte van voorwetenschap.

398. Een zo complex en verward geheel van rechtsmiddelen, waarvan de toepasselijkheid bovendien dikwijls kan worden betwist, is te ontoegankelijk en opent vooral onvoldoende betrouwbare rechtswegen om een bevredigende rechtsbescherming te bieden. Het voorzien van specifieke bepalingen over misbruik van voorwetenschap kan terzake meer rechtszekerheid brengen (2).

399. Een wijziging van de vennootschapswet zoals die thans wordt overwogen, voorziet nochtans geen specifieke regeling voor misbruik van voorwetenschap. Wel wordt overwogen de regeling die thans voorkomt in art. 60 Venn.W. uit te breiden door uitdrukkelijker de verplichtingen van de beheerders te regelen wanneer de beheerraad beslissingen dient te nemen waarbij zij een tegenstrijdig belang hebben (3). Belangrijker in deze context is dat daar een bepaling aan zou kunnen worden toegevoegd die de machtiging van de raad van toezicht vereist voor elke verrichting of beslissing

(1) Zie voor bepalingen over belangenconflicten tussen de vennootschap en de beheerders, de art. 60, 107 en 133 Venn.W.

(2) Zie Ch. del MARMOL, o.c., p. 24 e.v.

(3) Art. 107 van het voorontwerp.

waarbij een bestuurder-zaakvoerder rechtstreeks of onrechtstreeks belang heeft (1). Het is evenwel niet duidelijk of daarmee alleen beslissingen van de vennootschap of ook persoonlijke beslissingen van de bestuurder-zaakvoerder worden bedoeld. Het eerste lijkt waarschijnlijker omdat de bepaling voorkomt in een artikel over de bevoegdheid van de bestuurders-zaakvoerders als organen van de vennootschap, en in dat geval houdt ook deze bepaling geen regeling in betreffende misbruik van voorwetenschap.

B. Misbruik van voorwetenschap in het communautair recht

400. Het ontwerp-statuuut voor de Societas Europea (2) voorziet in art. 82 de volgende regeling:

- de leden van het bestuur, de raad van toezicht, alle personen die belast zijn met de controle van de jaarrekeningen, dienen alle aandelen van een S.E. die op de beurs worden verhandeld en die henzelf, hun echtgenoot of minderjarige kinderen rechtstreeks of door een tussenpersoon toebehoren, en al wie rechtstreeks of door een tussenpersoon, alleen of samen met de echtgenoot of hun minderjarige kinderen, meer dan 10% van de aandelen van de vennootschap bezit,
- dienen deze aandelen binnen de 20 dagen na het verwerven, om te zetten in aandelen op naam of bij een bank te deponeren,
- het aantal, de nominale waarde, eventueel de categorie, samen met een uittreksel uit het register van de aandelen op naam of een verklaring van de bank die de aandelen in ontvangst heeft genomen, aan te melden bij het Europese handelsregister,
- alle transacties met deze aandelen binnen een termijn van 15 dagen na elk kwartaal met opgave van de betaalde of ontvangen prijs aan te melden bij het Europese handelsregister,

(1) Art. 46, §2 van het voorontwerp.

(2) Zie voor de tekst van het gewijzigde voorstel voor een verordening: Bull. E.G., Suppl. 4/75.

- alle winst die voor eigen rekening, of voor rekening van de echtgenoot of minderjarige kinderen, werd gerealiseerd bij aankoop of wederverkoop van deze aandelen of omgekeerd binnen een termijn van zes maanden, en die van rechtswege verworven is door de S.E., binnen de 8 dagen na de transactie die tot de winst heeft geleid, over te dragen aan de vennootschap.

401. Het Europese handelsregister dient volgens het ontwerp voor elk van de vernoemde personen een register bij te houden met het aantal, de nominale waarde, en eventueel de categorie van de aandelen die zij bezitten, en een overzicht van de aan te melden transacties. Alle belanghebbenden kunnen van deze gegevens kennis nemen en er, tegen betaling van de onkosten, een afschrift van ontvangen.

402. Deze regeling voorziet op de eerste plaats een publiciteitsregeling voor het aandelenbezit en de aandelen transacties van personen die wellicht over voorwetenschap kunnen beschikken. Zo voldoet zij aan een noodzakelijke voorwaarde om de transactie van deze personen te kunnen beoordelen. De omschrijving van de groep die de vermelde bepalingen dienen na te leven, is evenwel eerder vaag. Vooral de uitdrukking "rechtstreeks of door middel van een tussenpersoon toebehoren", al dan niet te onderscheiden van "rechtstreeks, of door middel van een tussenpersoon bezitten", vergt zowel inzake de bedoelde tussenpersonen, als wat verstaan dient te worden onder "toebehoren" enige uitleg. In ieder geval kan worden vastgesteld dat in vergelijking met de reglementeringen die verder zullen worden beschreven, geopteerd werd voor een vrij sterk georganiseerde publiciteit (1),

(1) Zie over de discussies over de publiciteitsregeling, waarbij het Europees Parlement de voorgestelde regeling noodzakelijk achtte om insider-transacties doorzichtig te maken, terwijl het Economisch en Sociaal Comité van oordeel was dat de voorgestelde regeling te log is, en er de voorkeur aan gaf de belangrijke aandeelhouders buiten het toepassingsgebied van de voorgestelde regeling te houden: Bull. E.G., Suppl. 4/1975, p. 164.

die evenwel slechts wordt opgelegd aan een deel van de personen die over voorwetenschap kunnen beschikken. Enerzijds is de voorgestelde regeling weliswaar ruimer dan sommige andere Europese regelingen door ook de belangrijke aandeelhouders tot de insiders te rekenen (1). Maar de regeling zou niet van toepassing zijn op aangestelden zoals kaderpersoneel, gevolmachtigden en anderen die door hun functie over voorwetenschap kunnen beschikken. Het is nochtans mogelijk om een weliswaar niet exhaustieve, en omwille van de rechtszekerheid limitatieve opsomming in de regeling op te nemen, die in vele gevallen afdoende kan zijn, en niet meer afbreuk doet aan de rechtszekerheid dan de huidige tekst (2). De praktische bruikbaarheid van de voor de S.E. voorgestelde regeling wordt verder beperkt door de omschrijving van de effecten waarin transacties aan de regeling zijn onderworpen. Het kan worden betreurd dat de regeling alleen van toepassing is op aandelen, maar vooral dat alleen transacties in op de beurs verhandelde aandelen door het voorstel worden gereglementeerd (3).

403. Naast een publiciteitsregeling voorziet het ontwerp tenslotte ook een regeling inzake de uit de verkoop voortvloeiende winsten. Deze regeling heeft al tot heel wat kritiek aanleiding gegeven, en de oorspronkelijke redactie van art. 82 werd mede weerhouden omdat de discussies rond dit punt in de lid-Staten nog onvoldoende zijn geordend om al een voor velen aanvaardbaar alternatief te kunnen formuleren.

(1) ./.. Ook in Nederland gaf het overwegen van publiciteitsvoorschriften voor het doorzichtig maken van deze transacties aanleiding tot lange discussies en een scherp verdeelde houding van de Commissie Vennootschapsrecht. Zie hierover: C.AE. UNIKEN VENEMA, Misbruik van voorwetenschap, Deventer 1974, p. 62 e.v.

Zie nochtans verder ter beklemtoning van het belang van een publiciteitsregeling: K.J. HOPT en M.R. WILL, Europäisches Insiderrecht, Stuttgart 1973, p. 80 en p. 152 e.v.

(1) Zie nochtans, o.a. inzake de bepalingen die gelden in de Verenigde Staten en Canada, met een overzicht van de omschrijvingen van het toepassingsgebied ratione personae, K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 71 e.v. en M6 e.v., M42.

(2) (3) .../...

Sommigen wensen deze bepaling te beperken tot speculatiewinsten, en vragen daarom het instellen van een Europese controlecommissie te overwegen (1). Door alleen de winsten te beogen die binnen de zes maanden na een eerste transactie worden gerealiseerd en dit ongeacht het feit of al dan niet misbruik van voorwetenschap werd gemaakt, kan eigenlijk al worden gesproken over een regeling tot het bestrijden van speculatieve aandelentransacties (2). Van een regeling inzake misbruik van voorwetenschap verwacht men eerder dat alleen de met misbruik van voorwetenschap gerealiseerde winsten worden geviseerd, maar dan ongeacht het ogenblik waarop zij werden gerealiseerd. Bovendien wekt het verwondering dat zonder enige verwijzing naar de rechten van de benadeelde koper (of verkoper) bepaald wordt dat de winsten aan de vennootschap toekomen (3).

404. In de ontwerpen van richtlijnen voor de harmonisatie van het vennootschapsrecht zijn geen specifieke bepalingen inzake misbruik van voorwetenschap voorzien. Dit onderwerp krijgt nochtans voortdurend meer belangstelling in sommige lid-Statens. Daarom zullen sommige regelingen kort worden overlopen. Vooral de regelingen in het Engelse en het Franse recht verdienen daarbij een bijzondere aandacht, maar er wordt ook even stilgestaan bij de Duitse regeling en de Nederlandse voorstellen.

(2) Zie over een kritiek op de beperking van het toepassingsgebied: K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 142, en voor een bespreking van alternatieven: idem, p. 71 e.v.

(3) Zie voor een kritiek op dit punt ook: K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 78 e.v. en vnl. p. 142. Zie ook in dezelfde zin betreffende het onderscheid tussen aandelen en andere effecten, maar niet inzake de beperking tot op de beurs genoteerde effecten: C.AE. UNIKEN VENEMA, o.c., p. 21 e.v.

(1) Zie Bull. E.G., Suppl. 4/1975, p. 165

(2) Zie voor een gelijkaardige benadering van de speculatiebestrijding, o.a. art. 34, §1, 3° en art. 67, 7° W.I.B. inzake meerwaarden op onroerende goederen.

(3) Zie voor een kritiek in dezelfde zin: K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 143, en C.AE. UNIKEN VENEMA, o.c., p. 44 e.v. en p. 56.

C. Misbruik van voorwetenschap in het recht van sommige E.E.G. lid-Staten

a) het Engelse recht: insider dealings of trading

405. De Engelse rechtspraak maakte een vordering tot schadevergoeding voor benadeelde kopers of verkopers bijzonder moeilijk (1). Aan de loyauteit van beheerders tegenover de vennootschap werden daarentegen altijd zeer strenge eisen gesteld (2). Dit sterk ontwikkeld inzicht in de verplichtingen van beheerders vergemakkelijkt ongetwijfeld het beoordelen van misbruiken. Daarbij wordt ook het opsporen van misbruiken vergemakkelijkt door bijzondere publiciteitsvoorschriften die gelden voor transacties van beheerders met aandelen van de vennootschap waarin zij beheerder zijn (3). Elke onderneming dient een register te houden waarin het aantal en de categorie van de aandelen van de beheerders worden vermeld. De beheerders dienen elke transactie betreffende deze aandelen die zij verrichten of die hen wordt voorgesteld, mee te delen aan de onderneming. Samen met de Engelse praktijk waarbij de meeste aandelen op naam staan, stellen deze bepalingen de belangrijkste gegevens beschikbaar die nodig zijn om een effectieve bescherming tegen misbruik van voorwetenschap te organiseren.

(1) Zie Percival v. Wright (1902) 2Ch. 421, besproken door K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 91 en G.K. MORSE, 'Insider Trading', J.B.L. 1973, p. 119 e.v.; zie nochtans Allen v. Hyatt (1914), 30 T.L.R. 444, waar in een beroep op de bepalingen inzake bedrog (fraud) de positie van de benadeelden wat werd verbeterd.

(2) Zie bijv. J. ROMER, in Re City Equitable Fire Insurance Co. (1925) Ch. 407, 427; Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver (1942) 1 All. E.R. 378 en (1967) 2 All. E.R. 134; en L.C.B. GOWER, Modern Company Law, London 1969, 3^o uitg., p. 516 e.v.; C.M. SCHMITTHOFF en J.H. THOMPSON, PALMER's Company Law, 21^o uitg., London 1968, p. 524 e.v. en 570 e.v.

(3) Zie voor de inhoud van deze bepalingen, de sancties en de organisatie van de strafvervolging: S. 195 Companies Act 1948, S. 27-29, 31 en 32 Companies Act 1967; PALMER's, p. 340, 996 en 1193; zie ook voor de algemene verplichting van beheerders om elk belang in de onderneming en elke band die tot een met het vennootschapsbelang strijdig belang kan leiden, mee te delen aan de board of directors: PALMER's, p. 565 en 1000; zie verder voor een algemene typering van het europees recht inzake insider tradings: T. HADDEN, Company law and Capitalism, London 1972, p. 249 e.v. en 369 e.v.; K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 102 e.v.

406. De stappen die tot op heden werden gezet om deze bescherming verder uit te bouwen, zijn het resultaat van een onderlinge afspraak tussen de betrokkenen in de City (1). Op hun aandringen werd in 1967 de City Panel of Take-overs and Mergers opgericht, waar in 1968 een City Code on Amalgamations and Mergers werd uitgewerkt, waarvan thans de herziene uitgave van april 1976 toegepast wordt (2). Het City Panel geniet een groot gezag, en door de effectiviteit van de sancties die kunnen worden opgelegd, ook een reële macht. Rule no. 30 van de City Code is dan ook meer dan een loutere beginselverklaring. In deze regel wordt nu gesteld dat wie betrokken is bij de besprekingen over een overnamebod, alle inlichtingen die daarbij worden verkregen, als geheim dienen te beschouwen en alles in het werk dienen te stellen om de kansen op het uitlekken ervan te beperken. Wanneer men kan vermoeden dat een bod op aandelen wordt overwogen, zijn alle transacties in de betrokken effecten verboden voor al wie bij de besprekingen over het bod zijn betrokken, buiten de bieder, tot het bod is bekend gemaakt of de besprekingen zijn beëindigt. Als insiders worden de beheerders en aangestelden van de betrokken ondernemingen, hun professionele adviseurs, echtgenoten, nauwe verwanten en trusts en andere personen die geacht worden een gelijkaardige positie te bekleden als de vernoemde personen. Er is vereist dat de informatie in een vertrouwelijke relatie werd verkregen (3). Maar, al is de bevoegdheid van het City Panel ruimer dan die van de Bankcommissie, ook de insider bepalingen in de City Code kunnen niet in alle gevallen waar misbruik kan worden gemaakt van voorwetenschap toepassing vinden. De City Code is immers ook een fusie- en overnamecode, en de sancties die het City Panel kan opleggen zijn alleen effectief tegenover ondernemingen die de faciliteiten van de City wensen te gebruiken.

(1) O.a. de Bank of England, de Stock Exchange, de Confederation of British Industry.

(2) Zie o.a. T. HADDEN, o.c., p. 354 e.v. voor een beschrijving van de historische achtergrond en de werking van het City Panel; zie ook p. 2 e.v. van The City Code on Take-overs and Mergers, London 1976. De City Panel kan beslissen wanneer het een inbreuk vaststelt op bepalingen van de City Code, tot een al dan niet te publiceren afkeuring, en de in het Panel vertegenwoordigde groepen kunnen aan een vennootschap de toegang tot de faciliteiten van de City tijdelijk of definitief ontzeggen. Er is een beroepsprocedure voorzien.

(3) De vorige redactie van de tekst voorzag alleen een tijdelijk verbod tot contracteren. Zie over de effectiviteit van de tussenkomsten van het City Panel verder o.a. G.K. MORSE, J.B.L. 1973, p. 122 en X.P.R. GRIMSHAVE & Co., GRIMSHAVE-WINDSOR MERGER, J.B.L. 1973, p. 46, waarin aan de beheerder werd opgelegd de ongeoorloofd gerealiseerde winst terug te storten aan de aandeelhouders; zie daarentegen sceptischer: L.L.B. GOWER, o.c., p. 646.

407. Om deze en andere redenen, werd ondanks het gezag van het City Panel, o.m. door het City Panel zelf (1) aangedrongen op een algemene wettelijke regeling voor het sanctioneren van insider dealings. In het door de regering Heath bij het Parlement neergelegde, en daarom inmiddels niet verder besproken, White Paper wordt voorgesteld een bepaling in de vennootschapswetgeving op te nemen die van toepassing zou zijn op al wie door zijn band met de vennootschap of haar beheerders over informatie beschikt die de prijs van effecten kan beïnvloeden (2). Elke transactie die aan dit criterium voldoet, en niet kan aantonen "dat zijn eerste objectief niet het maken van winst of het voorkomen van verlies" was, zou strafbaar worden gesteld (3). Dit voorstel voor een zeer strenge bepaling voorziet dus in een zeker in het Engelse strafrecht ongewone omkering van de bewijslast (4). De White Paper stelt verder voor naast de aansprakelijkheid van de insider tegenover de vennootschap voor op de op ongeoorloofde wijze gerealiseerde winst, een burgerlijke vordering tot schadevergoeding toe te kennen aan al wie kan aantonen dat hij door misbruik van terzake relevante gegevens een aanwijsbaar verlies leed (5).

(1) Zie Perscommuniqué City Panel, 2 februari 1973 en Department of Trade and Industry, White Paper on Company Reform, London 1973, p. 8, nr. 16; besproken door M. ALSTEENS en J. THEUNIS, The job of company law reform: the White Paper, Jura Falconis 1974, p. 258 en G.K. MORSE, J.B.L. 1973, p. 125; The Times, 26 juli 1973, p. 20 en 23.

(2) White Paper, p. 9, nr. 17 en vooral nr. 18.

(3) White Paper, p. 9, nr. 18.

(4) Zie voor een genuanceerd overzicht van de bewijslast in het Engels strafrecht: G. WILLIAMS, Criminal Law, London 1961, 2^o uitg., p. 871 e.v. en vnl. nr. 288 op p. 882 e.v., waar gesteld wordt dat het Engels recht geen andere bewijslast vermoeden in strafzaken kent, dan het vermoeden dat iemand tot bewijs van het tegendeel mentaal gezond wordt geacht (presumption of sanity); zie ook J.W.C. TURNER, KENNY's outlines of criminal law, Cambridge 1958, 17^o uitg., p. 417 e.v. en vnl. p. 420 e.v., nrs. 493 e.v.

(5) Zie voor andere documenten: UIA/TRENDS, Misbruik van voorwetenschap, Wilrijk 1977.

b) het Franse recht: actions des initiés

408. Frankrijk kent al een wettelijke regeling over misbruik van voorwetenschap (1). Het ontwerp werd ingediend op aansporing van de Commission des Opérations de Bourse (COB), ingevoerd door de Ordonnance nr. 67-833 van 28 september 1967 (2). Oorspronkelijk werd het begrip insider daarin ruim omschreven. Het omvatte naast de beheerders, directeurs en niet gescheiden echtgenoten van de andere groepen, ook alle personeelsleden die volgens de vaststellingen van de Commission des Opérations de Bourse, wegens hun functie over relevante informatie beschikken. Omdat de COB weinig gebruik maakte van deze bevoegdheid werd in de thans geldende bepalingen geopteerd voor een meer beperkte definitie. Alleen de president, directeur-generaal, de leden van het directorium en van de raad van toezicht, de beheerders, de permanente vertegenwoordigers van rechtspersonen die beide laatste functies uitoefenen, de zaakvoerders van commanditaire vennootschappen en de niet gescheiden echtgenoten van de eerder vernoemde fysische personen, worden nog als insiders beschouwd (3). De straffen die de bepalingen over misbruik van voorwetenschap voorzien, kunnen nochtans niet alleen opgelegd worden aan deze insiders, maar ook aan al wie door zijn beroep of functie over relevante informatie beschikken en rechtstreeks of door tussenpersonen transacties uitvoeren op de beurs waarbij deze informatie wordt gebruikt voor het publiek er kennis van heeft. De rechter kan hen een gevangenisstraf van twee maanden tot twee jaar opleggen en/of een geldboete van 500 tot 5.000.000 frank. Deze geldboete kan evenwel worden verhoogd tot het viervoud van de gerealiseerde winst (4). Bij het toepassen van deze regeling dient de rechter altijd het niet bindende advies van de COB in te winnen over de ernst van het misbruik (5). Over

(1) Zie Ph. le TOURNEAU, "Les actions des dirigeants 'initiés' des sociétés par actions", R.T.D.Comm. 1971, p. 593 e.v. en de wet 70-1208 van 23 december 1970 tot wijziging van art. 162-1° van de vennootschapswet van 24 juli 1966; en ook: C. GAVALDA, "Droits et devoirs des initiés dans les sociétés par actions", Rev. des Soc. 1976, p. 589 e.v.

(2) Zie K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 108.

(3) Ph. le TOURNEAU, R.T.D.Comm. 1971, p. 600 e.v. en vnl. p. 603.

(4) Zie art. 10-1° van de Ordonnance van 28 december 1967, ingevoegd door de wet van 23 december 1970 en Ph. le TOURNEAU, l.c., p. 611 e.v. Hierbij kan ook worden opgemerkt dat gelijktijdig een bepaling werd ingevoerd die, ondanks het reeds bestaande art. 419 Code Pénal, het bewust verspreiden van onjuiste of bedrieglijke inlichtingen over ondernemingen om de koers van de aandelen te beïnvloeden, strafbaar stelt. Zie ook M.R. WILL, 'Erste Straftatteile gegen Insider im französischen Wertpapierhandel', AWD 1976, 549.

(5) .../...

de aansprakelijkheid van wie misbruik van voorwetenschap maakte, zijn geen bijzondere bepalingen voorzien, en blijft dus het gemeen recht van toepassing.

409. Naast strafbepalingen voorziet het Franse vennootschapsrecht, zoals het Engelse, een aantal maatregelen om het vaststellen van misbruiken te vergemakkelijken. Omdat in Frankrijk effecten meestal aan toonder uitgegeven worden, was de behoefte daaraan nog groter dan in Engeland. De op de beurs genoteerde aandelen van Franse vennootschappen van de eerder opgesomde insiders dienen op naam gezet of bij een bank gedeponeerd te worden. Dit geldt ook voor de aandelen van hun minderjarige kinderen, en hun aandelen in filialen, moedermaatschappijen of andere filialen van de moedermaatschappij van de onderneming waarin zij hun functie uitoefenen. Het neerleggen van deze effecten moet worden meegedeeld aan de COB. Oorspronkelijk dienden ook alle aandelen transacties van insiders meegedeeld te worden aan de COB. Deze meldingsplicht leidde evenwel tot zo een overvloed aan meestal onbelangrijke aanmeldingen, dat een effectieve controle door de COB er niet door werd bevorderd. Deze meldingsplicht werd daarom uit de thans geldende regeling geschrapt op verzoek van COB zelf (1).

c) het Duitse recht: insiderhandel

410. Het misbruik van voorwetenschap wordt in Duitsland zoals tot op heden in Engeland, bestreden op grond van een vrijwillig door betrokken beurskringen overeengekomen gedragscode. De ervaringen met de Insiderhandels-Richtlinien worden nochtans zeker niet onverdeeld gunstig beoordeeld (2). De richtlijnen omschrijven als insiders de leden van de Vorstand, de Aufsichtsrat en de personeelsleden die door hun functie kennis hebben van relevante informatie. De bepalingen van de richtlijn zijn alleen van toepassing op transacties met aandelen die op de beurs worden genoteerd, of openbaar worden aangeboden met verwijzing naar een beoogde beurs-

(5) Zie Ph. le TOURNEAU, l.c., p. 615 e.v. De COB had om een discretionaire bevoegdheid tot het stopzetten van de vervolgingen, of althans het beoordelen van de opportuniteit ervan verzocht.

(1) Zie Ph. le TOURNEAU, o.c., p. 605-611.

(2) Zie voor de richtlijnen: "Insiderhandels-Richtlinien der Börsensachverständigen Kommission beim Bundeswirtschaftsministerium", FAZ BdW 20.11.1970; zie voor een bespreking: M.R. WILL, Anlegerschutz durch Insiderhandels-Richtlinien?, NJW 1973, 645 e.v. en en verder: K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 111 e.v. en M100.

introduktie. Het onderzoek naar een schending van de richtlijnen wordt ingesteld door de Zulassungsstelle van een beurs. Het resultaat mag alleen met de instemming van de betrokkenen worden gepubliceerd, en wordt verder alleen meegedeeld aan de Bundesminister voor economische zaken. Wel kan de overtreder worden verplicht de op ongeoorloofde wijze verwezenlijkte winst over te dragen aan de vennootschap. De richtlijnen voorzien daarentegen geen bepalingen over het schadeloosstellen van outsiders, terwijl de bescherming die het gemeen recht hen biedt onbevredigend wordt geacht (1). Hier kan nog aan toegevoegd worden dat de richtlijnen geen controlevergemakkelijkende bepalingen voorzien, en aandelen in Duitsland meestal aan toonder worden uitgegeven (2).

d) het Nederlandse recht: misbruik van voorwetenschap

411. In Nederland gelden op dit ogenblik nog geen specifieke bepalingen over misbruik van voorwetenschap. Het probleem werd onderzocht in de Commissie Vennootschapsrecht, die in haar Rapport een regeling voorstelt (3). De Commissie stelt in haar rapport vooral het invoeren van een strafbepaling voor, waarbij al wie op de beurs genoteerde aandelen, koopt of verkoopt, of doet kopen of verkopen, of daar anderen toe heeft bewogen, en die uit hoofde van zijn functie over niet openbaar gemaakte gegevens beschikt waarvan kan worden aangenomen dat zij de prijs van de aandelen aanmerkelijk beïnvloeden, gestraft kunnen worden met straffen die bepaald kunnen worden als een veelvoud van het genoten voordeel. De benadeelden kunnen volgens het rapport geen aanspraak maken op vergoeding van de door hen geleden schade (4). De vennootschap dient geen aanspraak te kunnen maken op afgifte van het door de misbruiker eventueel onrechtmatig gerealiseerde winst. Zoals eerder al werd vermeld was de Commissie bijzonder verdeeld over de wenselijkheid van het invoeren van bijzondere publiciteitsvoorschriften voor insidertransacties, maar verwierp de kleinst mogelijke meerderheid een dergelijk voorstel.

(1) Zie vooral M.R. WILL, NJW 1973, 645.

(2) Zie o.a. GESSLER, e.a., Aktiengesetz, Kommentaar, München 1973, I, § 10 en 15 e.v., p. 144 e.v.; zie voor de bespreking van een overname waarbij de richtlijnen worden onderzocht: X. THYSSEN-HÜTTE A.G., N.V. 1974, p. 16 en 17.

(3) Zie voor een uitvoerige bespreking van dit rapport: C.AE. UNIKEN VENEMA, o.c. Zie ook voor een schets van de historie en de literatuur: K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 120, noot 84.

(4) Zie nochtans C.AE. UNIKEN VENEMA, o.c., p. 44 e.v. en 53 e.v.

D. Besluit

412. Uit de discussies over de Europese voorontwerpen, en uit een overlopen van enkele buitenlandse reglementeringen kan worden afgeleid, dat misbruik van voorwetenschap bij voorkeur in een specifieke wettelijke bepaling wordt behandeld.

1) publiciteitsregeling

413. Vooral in landen zoals België, waar effecten meestal aan toonder worden uitgegeven, dient daarbij op de eerste plaats gedacht te worden aan een publiciteitsregeling voor transacties door personen die normalerwijze over voorwetenschap kunnen beschikken. Zonder een dergelijke regeling is het voor de vennootschap bijzonder moeilijk om na te gaan of deze personen hun loyauteitsplicht nakomen. Anderzijds moet ook worden opgemerkt dat juist in landen waar geen enkele publiciteit voor effectentransacties bestaat, de weerstand tegen een dergelijke regeling het grootst is (1). Deels omwille van die weerstand kan het invoeren van een publiciteitsregeling dan ook aanzienlijke verschuivingen veroorzaken in de organisatie van en de machtsverhoudingen in ondernemingen. Dit probleem kan wellicht worden beperkt door ofwel een eerder beperkte publiciteitsplicht op te leggen, ofwel een zo algemene dat er haast geen ontsnappingswegen open blijven.

414. Een beperkte publiciteitsregeling hoeft alleen van toepassing te zijn op hen die als orgaan voor de vennootschap kunnen optreden, of met deze personen nauwe banden hebben: de beheerders, de commissarissen, de personen belast met het dagelijks beheer, hun echtgenoten en minderjarige kinderen, en fysische en rechtspersonen die belast zijn met het beheer van effecten die in eigendom of vruchtgebruik toebehoren aan de vermelde personen. Het kan dan aan de discretie van de vennootschappen worden overgelaten of zij zich tegenover aange-

(1) Zie bijv. over de weerstand in Frankrijk: K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 108 e.v.

stelden wensen te beschermen door van hen een meedelen van hun transacties in effecten van de vennootschap te eisen (1).

415. Een uitgebreide publiciteitsregeling kan van toepassing zijn op: de beheerders, commissarissen, de personen belast met het dagelijks beheer, de aangestelden, de aandeelhouders die ten minste 10% in eigendom of vruchtgebruik bezitten van een bepaalde categorie door de vennootschap uitgegeven effecten of van de categorieën effecten die samen het risicodragend kapitaal en de in aandelen converteerbare obligaties vertegenwoordigen, en al de fysische of rechtspersonen die door de vermelde personen belast werden met het beheer van door de vennootschap uitgegeven effecten die hen in eigendom of vruchtgebruik toebehoren, alsmede al de fysische en rechtspersonen die een van de vermelde banden hebben met vennootschappen die de betrokken onderneming domineren of erdoor gedomineerd worden (2).

416. Het verdient aanbeveling de publiciteitsregels van toepassing te stellen op transacties in alle categorieën aandelen en obligaties uitgegeven door de vennootschappen waarmee de betrokkenen een van de in nrs. 414 of 415 vermelde banden hebben (3).

417. De publiciteit kan worden georganiseerd door de in nrs. 414 of 415 opgesomde personen te verplichten melding te maken van het verwerven in eigendom of vruchtgebruik, of het verkopen van effecten, in een register dat daartoe wordt aangelegd op de zetel van de vennootschap, wanneer die effecten werden uitgegeven door de vennootschap waarmee zij een van de in nrs. 414 of 415 vermelde banden hebben. Wan-

(1) Zie in deze zin ook: K.J. HOPT en M.R. WILL, O.C., p. 160-161.

(2) Voor dominerende of gedomineerde ondernemingen kan de definitie van een verbonden onderneming worden overgenomen die beschreven werd in nr. 173.

(3) Zie in deze richting ook: K.J. HOPT en M.R. WILL, O.C., p. 142.

neer zij effecten verwerven of verkopen die uitgegeven werden door een vennootschap die door de vennootschap waarmee zij de in nr. 415 bedoelde banden hebben, wordt gedomineerd of deze domineert, zou aan de laatstgenoemde opgelegd moeten worden deze transacties ter vermelding mede te delen aan de vennootschappen die de effecten uitgaven, indien geopteerd wordt voor een ruime publiciteitsregeling zoals geschetst in nr. 415. Het lijkt niet wenselijk dat een afschrift van dit register neergelegd wordt in het vennootschapsdossier om te vermijden dat voorbarige conclusies zouden worden getrokken uit toevallige transacties. Het organiseren van een zo toegankelijk mogelijke publiciteit wordt moeilijker naarmate de groep insiders waarop de regeling van toepassing is, talrijker wordt. Dit geldt vooral wanneer de regeling, zoals voorgesteld in nr. 415 consequent doorgetrokken wordt doorheen de concernverhoudingen. De moeilijkheden om een efficiënte publiciteit te organiseren zonder daarbij een overdreven administratieve belasting te veroorzaken, inspireert dan ook een voorkeur voor publiciteitsbepalingen met een meer beperkt toepassingsgebied, zoals voorgesteld in nr. 414.

2) aansprakelijkheidsregeling

418. Een tweede luik in een regeling terzake misbruik van voorwetenschap betreft de aansprakelijkheid van de misbruiker tegenover de benadeelde en tegenover de vennootschap, en de aansprakelijkheid van de vennootschap.

a) van de insider tegenover de vennootschap

419. Het belangrijkste probleem lijkt de schade-loosstelling van de benadeelde. Voor de vennootschap als zodanig en als groepering van de andere aandeelhouders, is de schade immers moeilijk te identificeren met het door de misbruiker op ongeoorloofde wijze gerealiseerde voordeel. De vennootschap leidt op de eerste plaats schade door een verlies aan vertrouwen in de vennootschap op de kapitaalmarkt, en van de vennootschap zelf in de betrokkenen, wat de vraag doet stellen naar de mate waarin deze ook in andere overeenkomsten de

belangen van de vennootschap heeft vertegenwoordigd. De schade die daarbij kan ontstaan, en dus de omvang van de aansprakelijkheid van de misbruiken tegenover de vennootschap, kan veel verder gaan dan de schade die werd veroorzaakt bij een met misbruik van voorwetenschap afgesloten transactie. Het lijkt daarom voor de vennootschap vooral belangrijk dat zij, zoals in nrs. 413 e.v. voorgesteld werd, wordt ingelicht over de transacties van haar organen of vertegenwoordigers. Wanneer daartoe aanleiding bestaat, kan de vennootschap dan een actio mandati of een andere gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsvordering instellen. Omdat de vennootschap meestal door de insiders vertegenwoordigd wordt, is een optreden van de vennootschap op initiatief van een ander orgaan dan de algemene vergadering trouwens weinig waarschijnlijk (1). Het komt daarom niet noodzakelijk of opportuun voor op de eerste plaats de aansprakelijkheid van de misbruiker tegenover de vennootschap te behandelen in een bepaling over misbruik van voorwetenschap. Wel kan worden voorzien dat met misbruik van voorwetenschap gerealiseerde winst van rechtswege aan de vennootschap toekomt voor zover zij niet wordt aangewend voor het betalen van een vergoeding aan de benadeelde overnemers of overdragers. Op die manier wordt vermeden dat insiders die misbruik maakten van voorwetenschap, financieel voordeel putten uit transacties bij ontbreken van vorderingen van de overnemers of overdragers van de effecten die met misbruik van voorwetenschap werden verhandeld.

420. Bij transacties waarbij misbruik van voorwetenschap werd gemaakt, kan de voorwetenschap ofwel aansporen tot aankopen, waarbij de verkoper schade lijdt door het verkopen aan een onrealistisch lage prijs, ofwel verkopen om te kunnen verkopen tegen een hogere prijs. In de hier behandelde context moet vooral aan de tweede hypothese worden gedacht. Daarom zal verder alleen sprake zijn van de benadeelde overnemer.

(1) Zie in deze zin ook K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 158.

b) van de insider tegenover de benadeelde
contractpartner

421. Tegenover de benadeelde kan aan twee vormen van schadeherstel worden gedacht: een schadevergoeding of de ontbinding van de overeenkomst. Vanuit een faillissementsrechtelijke context is het vernietigen van de transactie de meest aangewezen oplossing. Toch kan worden betwijfeld of deze oplossing globaal te verkiezen is. Vooral wanneer pas vrij laat blijkt dat met misbruik van voorwetenschap werd gehandeld, kan het bijzonder moeilijk zijn de oude situatie te herstellen, zoals zij was en had kunnen evolueren. Een louter vernietigen van de transactie kan dan zowel voor de benadeelde als voor de misbruiker onbillijke gevolgen hebben. Het is bovendien principiëel wenselijk transacties in de mate van het mogelijke te handhaven om de zekerheid in het rechtsverkeer zo weinig mogelijk te verstoren (1). Omgekeerd lijkt het niet noodzakelijk elk beroep op de gemeenrechtelijke bepalingen inzake bedrog en dwaling uit te sluiten bij effecten en transacties (2). Wellicht volstaat het een aantrekkelijke aansprakelijkheidsregeling te voorzien om te bereiken dat alleen een vernietigen van de overeenkomst gevorderd zal worden in bijzonder ernstige gevallen waarbij vrijwel onmiddellijk blijkt dat de effecten volstrekt niet beantwoorden aan de rechtmatige verwachtingen van de benadeelden. Eventueel kan worden gedacht aan een bijzonder korte verjaringstermijn voor vorderingen tot ontbinding van de overdrachtovereenkomst.

422. Daarnaast kan dan expliciet gesteld worden dat de insider aansprakelijk is tegenover de overnemer voor de schade die de overnemer lijdt door de overname van effecten omdat

(1) Zie in dezelfde zin: K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 166 e.v.

(2) Zie eerder in tegengestelde zin: K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 167.

de insider niet alle gegevens meedeelde waarover hij beschikte. De omschrijving van de insiders hoeft daarbij niet samen te vallen met de omschrijving die wordt weerhouden in de eerder besproken publiciteitsregeling. Evenmin is het vanzelfsprekend dat de aansprakelijkheid van de misbruiker beperkt dient te worden tot de bij de transactie door het misbruik gerealiseerde winst. Het lijkt integendeel billijk op de eerste plaats de gewone regeling van de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad te herhalen. Dit kan door te stellen dat al wie effecten die door een onderneming werden uitgegeven overdraagt zonder aan de tegenpartij gegevens over die onderneming te verstrekken die hem tot de transactie bewegen, zijn positie in die onderneming, in een onderneming die in die onderneming een participatie heeft of waarin die onderneming een participatie bezit, of in een onderneming die wegens andere commerciële banden bijzonder vertrouwd is met die onderneming, tegenover de medecontractant te goeder trouw aansprakelijk is voor de schade die veroorzaakt werd door dit verzwijgen van informatie. Een dergelijke regeling kan nochtans niet volstaan omdat de overnemers dikwijls moeilijk de bewijzen zullen kunnen leveren die noodzakelijk zijn om hen een schadevergoeding te kunnen toekennen. Daarom verdient het aanbeveling bovendien te voorzien dat het verschil tussen de bedongen prijs en de normale prijs bij de overdracht van effecten in een onderneming wanneer beide partijen over dezelfde gegevens beschikken, terugbetaald dient te worden aan de overnemer, door al wie volgens de besproken publiciteitsregeling (1) als insider wordt beschouwd, tenzij hij kan aantonen dat hij niet beschikte over inlichtingen die niet bekend waren of bekend dienden te zijn aan de overnemer. Het lijkt moeilijk te vermijden dat de rechter belast wordt met de delicate opdracht om te bepalen wat de normale prijs is bij de overdracht van effecten in een onderneming wanneer beide partijen over dezelfde gegevens beschikken.

(1) Zie nrs. 414, 415 en 417.

423. Om een beroep op deze aansprakelijkheidsregeling verder te vergemakkelijken lijkt het wenselijk te voorzien dat dit bedrag verhoogd dient te worden met de kosten van rechtsbijstand voor de benadeelde, en alle andere kosten die de procedure voor hem veroorzaakte, indien de rechtbank een benadeling vaststelt (1). Bij betwistingen over het bedrag van deze vergoeding kan het worden begroot door de rechtbank of door de Raden van de Orde van Advocaten (2). Wanneer een dergelijke maatregel niet wordt genomen, moet worden gevreesd dat veel benadeelden geen gebruik zullen maken van de bescherming die de voorgestelde regeling hun bieden kan, omdat het nadeel dat elk van hen door een misbruik van voorwetenschap lijdt dikwijls onvoldoende is om een dure procedure te verantwoorden. En afwijken van de gebruikelijke regels inzake rechtsbijstandskosten lijkt bij misbruik van voorwetenschap trouwens om verschillende redenen verantwoord. Het feit dat ook wie zijn vordering ingewilligd ziet, of een tegen hem ingewilligde vordering hoort afwijzen, zelf de rechtsbijstandskosten dient te dragen wanneer geen gratis rechtsbijstand kan worden verkregen, wordt vrij algemeen als bijzonder onbillijk ervaren. Inzake misbruik van voorwetenschap helpt het indienen van vorderingen bovendien in het algemeen belang het vertrouwen in de kapitaalmarkt beschermen door bij te dragen tot een nauwgezet naleven van deontologische regels, en tot het bewustzijn dat voor wie toch schade lijdt, deze schade zonder kosten kan worden vergoed. Om misbruik van deze procedure te vermijden kan worden bepaald dat de rechter de eiser kan veroordelen tot het dragen van de kosten die voor de verweerder werden veroorzaakt door de procedure, eventueel tot een bijkomende schadevergoeding, wanneer de vordering kennelijk onredelijk is en van aard om de verweerders te schaden (3). Van dit tweede luik van de schade-

(1) Zie in dezelfde zin: K.J. HOPT en M.R. WILL, O.C., p. 158 e.v.

(2) Zie art. 447 Ger.W.

(3) Zie verder nr. 506.

vergoeding, kunnen de voor de misbruiker onbillijke gevolgen worden vermeden door het mogelijk maken van class actions. Dit kan een onbillijk hoog oplopen van de rechtsbijstandskosten vermijden in gevallen waar het aantal benadeelden groot is. Eventueel kan daarom in de vereenvoudigde schadevergoedingsregeling aan elke houder van effecten de bevoegdheid worden gegeven om een beroep op deze regeling te doen in zijn eigen naam en in naam van al wie op een door de rechter te bepalen wijze kan aantonen dat zij van dezelfde insiders dezelfde effecten overnamen tegen een prijs die slechts in een door de rechter te bepalen mate afwijkt van de prijs die de aanlegger betaalde (of omgekeerd, bij aankoop met misbruik van voorwetenschap). De rechter kan daarbij de bevoegdheid worden verleend om ambtshalve de vordering van een benadeelde tot een class action uit te breiden, en om in zijn uitspraak op te leggen een bedrag dat beantwoordt aan de ^{op}ongeoorloofde wijze verwezenlijkte winst, te blokkeren voor een periode van één jaar met het oog op het uitbetalen van vergoedingen, of ten belope van dit bedrag bepaalde zekerheden te vestigen ten gunste van wie aanspraak zal maken op een schadevergoeding. De rechter kan daarbij een rechter-commissaris of een deskundige belasten met het beheer van dit fonds. Om de rechten van de verdediging te waarborgen zouden anderen dan de aanlegger maar een uitvoerbare titel mogen ontleen aan deze uitspraak wanneer zij binnen één jaar na de uitspraak een gemotiveerd verzoek tot uitbetaling richten tot de beheerder van het fonds, en dit meedelen aan wie wegens misbruik van voorwetenschap veroordeeld werd tot het betalen van een schadevergoeding, en deze laatste geen verzet aantekent binnen een periode van één maand na ontvangst van deze kennisgeving. Het verzet kan worden geregeld door art. 1047 Ger.W. en dient behandeld te worden door de rechter die bevoegd was om op de eerste vordering te oordelen. Wanneer de effecten op de beurs werden verhandeld kan dikwijls na datum moeilijk door de opdrachtgever worden vastgesteld wie van wie overnam, of wie aan wie verkocht. Om ook hier een zo eenvoudig mogelijke regeling te verkrijgen lijkt het te overwegen om bij beustransacties te stellen dat deze vordering zou toekomen aan al wie in een bepaalde periode kocht (verkocht) tegen een in de uitspraak te

bepalen prijs. De schadevergoeding mag evenwel niet groter zijn dan de door de insider op ongeoorloofde wijze gerealiseerde winst, noch groter dan de door wie beroep doet op het fonds geleden schade. Vermits evenwel al wie kocht of verkocht omdat bepaalde gegevens niet bekend waren, eigenlijk slachtoffers genoemd kunnen worden van het misbruik, zelfs al contracteerden zij niet met de insider, is het niet onredelijk te bepalen dat deze vergoeding naar rato van het door de verschillende partijen geleden nadeel, verdeeld wordt tussen al wie binnen het jaar een verzoek tot schadevergoeding heeft ingediend. Wanneer in dit geval, of bij vorderingen die geen beurstransacties betreffen, binnen de gestelde termijn slechts aanspraak op vergoeding gemaakt wordt door benadeelden waarvan de globaal geleden schade kleiner is dan het gekende bedrag van de op ongeoorloofde wijze verwezenlijkte winst, kunnen de niet binnen de gestelde termijn opgenomen schadevergoedingen toevallen aan de emitterende vennootschap, zoals voorgesteld in nr. 419 (1)

c) van de vennootschap tegenover de benadeelde

424. In de vorige alinea's werd alleen gehandeld over de aansprakelijkheid van de misbruiken tegenover de benadeelde.

(1) Zie over class actions bij effectentransacties: K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 158 e.v., en C.A.E. UNIKEN VENEMA, o.c., p. 52; zie over class actions verder: M. CAPPELLETTI in CAPPELLETTI en J.A. JOLOWICZ, Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation, Milaan, 1975, p. 106 e.v.; C.A. GROENENDIJK, 'Class actions een voorbeeld van groepsactie voor de rechter', N.J.B. 1975, 233. Wegens het bedrieglijk karakter dat toelaat de aangevochten misbruiken als een vorm van oplichterij te kwalificeren, lijkt vooral het Openbaar Ministerie aangewezen, om op grond van strafbepalingen te waken over het algemeen belang in zover dit niet samenvalt met het belang van private benadeelde partijen, of deze niet opkomen voor het verdedigen van hun belangen. Omwille van de terughoudendheid van het Openbaar Ministerie bij het handhaven van het economisch recht (zie o.a. M. CAPPELLETTI, o.c., p. 48 e.v.), lijkt het niet aangewezen af te zien van het organiseren van class actions indien het Openbaar Ministerie over de vereiste vorderingsmogelijkheden beschikt, zoals inzake consumentenbescherming bij het voorzien van een consumentenombudsman voorgestaan wordt door J. STUYCK, Agresieve Verkoopmethoden, Leuven 1975, p. 869 e.v. Omwille van

In veel gevallen zal de insider orgaan of aangestelde zijn van de vennootschap waardoor de met misbruik van voorwetenschap verhandelde effecten werden uitgegeven. Zij handelden nochtans in principe als aandeelhouders, en dus niet in hun hoedanigheid van orgaan of aangestelde. Het is denkbaar dat de benadeelde kan aantonen dat hij rechtmatig op het tegendeel vertrouwen mocht en hem dat juist aanspoorde tot de transactie. Maar in tal van andere gevallen zal deze stelling niet voldoende geloofwaardig kunnen worden gemaakt. Er lijken daarom geen voldoende redenen aanwezig om af te wijken van de gewone aansprakelijkheidsregeling, die stelt dat de vennootschap aansprakelijk is voor de handelingen van organen en aangestelden, indien die handelingen een voldoende band hebben met hun functie, of derden er althans mochten op vertrouwen dat zij in naam van de vennootschap werden gesteld (1)

3) strafrechtelijke beteugeling

425. Tenslotte moet worden onderzocht of een strafrechtelijke regeling inzake misbruik van voorwetenschap wenselijk is.

(1) ./.. het bestaan van een privaatrechtelijke vordering voor de benadeelden (op grond van de contractuele aansprakelijkheid of aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad), en het strafrechtelijke karakter van de publieke vordering lijkt het noch nodig, noch wenselijk een relator action te voorzien, opdat particulieren misbruiken zouden kunnen bestrijden zonder actieve tussenkomst van het Openbaar Ministerie. Zie CAPPELLETTI, o.c., p. 100 e.v.

(1) Zie o.a. J. RONSE, o.c., p. 399 e.v. en 415; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., p. 257 e.v., nrs. 367 e.v. Zie in dezelfde zin: C.AE. UNIKEN VENEMA, o.c., p. 76; zie daarentegen K.J. HOPT en M.R. WILL, o.c., p. 159, die wel aanvaarden dat bepaalde kosten, met name inzake de rechtspleging, ten laste van de vennootschap worden gelegd omdat de vennootschap er belang bij heeft dat het vertrouwen in haar organen wordt hersteld. Omdat de band tussen benadeelde, misbruik en vennootschap uiterst gering kan zijn lijkt het nochtans meer aangewezen, een dergelijke good-will tussenkomst niet op te leggen, maar over te laten aan het vrije initiatief van de eventueel ook zelf benadeelde vennootschap.

De rechtsbescherming die een dergelijke regeling biedt door haar preventieve uitwerking, kan moeilijk worden beoordeeld. Als enige regeling kan zij niet volstaan omdat zij geen bijzondere bescherming biedt aan de benadeelden, buiten de procedurale voordelen die een burgerlijke partijstelling kan bieden. Als complementaire bescherming kan zij welkom zijn, en het voorzien van een strafbepaling inzake misbruik van voorwetenschap sluit aan bij de algemene strafrechtpolitiek in het Belgisch vennootschapsrecht. Het lijkt evenwel niet noodzakelijk om naast het bestaande artikel 203 Venn.W. een nog meer specifieke strafrechtelijke bepaling in te voeren. Wel kan, indien het voorstel inzake class actions in nr. 423 weerhouden wordt, worden overwogen om bij een strafvordering het Openbaar Ministerie de bevoegdheid te geven om het aanleggen van een fonds voor schadevergoedingen te vorderen, en daarbij de uitbetalingsmodaliteiten te bepalen die vastgesteld dienen te worden volgens de daar voorgestelde regels. Een dergelijke bevoegdheid wijkt op het eerste zicht af van de traditionele opdracht van het Openbaar Ministerie. Het behoud van het vertrouwen in de effectenmarkt is evenwel van openbaar belang. De vergoeding van wie schade leed door onregelmatige transacties is een essentiële bestanddeel van het in nr. 419 voorgestane reglementeringstype. Wanneer het opleggen van een strafsanctie maar als een bijkomende sanctie wordt beschouwd, betekent dit dat wanneer om bepaalde redenen eerst de strafvervolgning werd ingezet, de strafsanctie maar als een echte straf kan gelden, indien ook de op ongeoorloofde wijze verwezenlijkte winst wordt verbeurd verklaard. Dit ligt in de lijn van andere strafbepalingen die een verbeurdverklaring voorzien van de op ongeoorloofde wijze gerealiseerde winst (1). Het feit dat in deze reglementering de vordering niet in het voordeel van de schatkist, maar in het voordeel van benadeelde effectenhouders zou worden ingesteld, draagt slechts bij tot het bereiken van de objectieven van algemeen belang die

(1) Zie art. 9, §3 W. 22 januari 1945 inzake economische reglementering en prijzen.

de regeling nastreeft zoals blijkt uit het voorzien van een strafbepaling. Uit het voorzien van strafsancties blijkt dat men het handhaven van een gedragscode bij effectentransacties van algemeen belang acht. Dit blijkt trouwens ook uit het instellen en de werkzaamheden van de Bankcommissie. Wel kan worden bepaald dat de niet opgenomen schadevergoeding niet aan de vennootschap, maar aan de schatkist toevalt wanneer het Openbaar Ministerie het initiatief tot de vordering nam (1).

§ 2. Beïnvloeden van het ondernemingsbeleid

426. De aandeelhouders kunnen ook van hun bevoegdheden als leden van de algemene vergadering gebruik maken om aan te dringen op een rechte trekken van de positie van de onderneming voor zover dit nog mogelijk is. In een N.V., P.V.B.A., commanditaire vennootschap op aandelen, kunnen de aandeelhouders die een vijfde van het kapitaal vertegenwoordigen, om bijeenroeping van de algemene vergadering verzoeken (2). In de coöperatieve vennootschap dient in de statuten bepaald te worden hoe de algemene vergadering kan worden samengeroepen. Indien de beheerders niet binnen de drie weken na het verzoek de algemene vergadering hebben samengeroepen, zijn zij strafbaar overeenkomstig art. 201, 5° Venn.W.

(1) Zie over het complementair karakter van class actions en de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie verder M. CAPPELLETTI, o.c., p. 48 e.v.; zie ook nr. 423.

(2) Art. 73, 107 en 136 Venn.W.

A. De bevoegdheden van de algemene vergadering

427. Op de algemene vergadering kunnen zij alle vragen stellen die zij nuttig oordelen. De mate waarin de algemene vergadering effectief in kan grijpen in het beleid is in de N.V., de P.V.B.A. en de commanditaire vennootschap op aandelen beperkt door de wet van 6 maart 1973 tot de bevoegdheden die door de wet of de statuten aan de algemene vergadering werden toegekend. Dit wil zeggen dat de algemene vergadering altijd bevoegd is om beheerders, zaakvoerders en commissarissen te ontslaan of te benoemen, hun vergoeding te bepalen, hen décharge te verlenen of een actio mandati in te stellen, de winstbestemming te bepalen, de statuten te wijzigen, het kapitaal te verhogen, te verlagen of converteerbare obligaties uit te schrijven, en te beslissen tot een vervroegde ontbinding of een verlenging van de duur van de vennootschap (1). Indien de algemene vergadering het gevoerde beleid afkeurt, kan zij dus haar afkeur uitspreken, en eventueel het bestuur ontslaan, de décharge weigeren of de actio mandati instellen. Zij kan evenwel geen genomen beslissingen wijzigen indien het beheer tot het nemen van die beslissingen bevoegd was, noch verbindende richtlijnen bepalen, tenzij de statuten deze bevoegdheid uitdrukkelijk aan de algemene vergadering toekennen. Beslissingen waartoe de algemene vergadering niet bevoegd was, zijn nietig (2).

428. De regeling van de wet van 6 maart 1973 is niet van toepassing op de coöperatieve vennootschap, de commanditaire vennootschap en de V.O.F. De algemene vergadering behoudt daar dus de volledige residuaire bevoegdheid zoals die ook in art. 70 Venn.W. is voorzien. Zij kan daarom zelf richtlijnen bepalen voor het te voeren beleid, tenzij de statuten

(1) Zie over deze, en andere in deze context minder belangrijke bevoegdheden van de algemene vergadering o.a. J. RONSE, De Vennootschapswetgeving 1973, p. 164, nr. 312.

(2) Zie hierover art. 50 Venn.W. en J. RONSE, De Vennootschapswetgeving 1973, p. 161, nr. 307 e.v., en vooral p. 162, nr. 309; en over de antinomie tussen het ongewijzigd art. 70, 1° en het nieuw art. 54 Venn.W.: p. 162, nr. 308.

deze bevoegdheid uitdrukkelijk voorbehouden voor andere vennootschapsorganen (1).

B. Bescherming van minderheidsaandeelhouders (2)

429. De bescherming die de normale bevoegdheidsverdeling in vennootschappen biedt, kan voor minoritaire aandeelhouders in belangrijke mate verstoord worden, indien er binnen de algemene vergadering een ernstig belangenconflict ontstaat. Vooral in concernverband kan dit tot ernstige moeilijkheden leiden, omdat daar de meerderheid van de aandeelhouders in afhankelijke vennootschappen dikwijls meer de belangen van de groep, dan de belangen van de ondernemingen die zij controleren, zal behartigen. In principe kan op twee manieren getracht worden de minderheid te beschermen: ofwel door voor het nemen van sommige beslissingen een bijzondere meerderheid te eisen (in dit geval wordt aangesloten bij de in nr. 42/2 vermelde hypothese, ofwel door aan de minderheid bepaalde rechten toe te kennen om zich post factum tegen een beslissing te verzetten of er de gevolgen van te verzachten (in dit geval moet onderzocht worden of de beslissing van de meerderheid voldoet aan één van de in nrs. 42/3 en 42/4 vermelde criteria of vereisten). De bepalingen die specifiek concerns betreffen zullen onder C worden behandeld.

1) in het Belgisch recht

a) bijzondere meerderheden

430. Het Belgisch vennootschapsrecht vergt thans voor statutenwijzigingen een bijzonder quorum en een bijzondere

(1) Zie hierover J. RONSE, De Vennootschapswetgeving 1973, p. 161, nr. 307.

(2) De term 'minderheidsaandeelhouders' wordt, tenzij expliciet een onderscheid gemaakt wordt tussen aandeelhouders en de houders van andere effecten, in deze paragraaf als algemene term gebruikt om hen aan te duiden die niet over de vereiste meerderheid beschikken om het beleid van de onderneming te bepalen, ongeacht de categorie waartoe de effecten waarvan zij houders zijn behoren.

meerderheid (1). Voor wijzigingen van het maatschappelijk kapitaal en omvorming of vervroegde ontbinding van vennootschappen, gelden terzake dezelfde regels als bij statutenwijzigingen strictu sensu (2). Alleen wanneer de omvorming een verzwaring van de aansprakelijkheid van de vennoten veroorzaakt, en voor enkele andere gevallen van omvorming en ontbinding, en voor een statutenwijziging die een wijziging van het doel voorziet, gelden strengere voorschriften (3). Bij een omvorming in een commanditaire vennootschap of een vennootschap zonder beperkte aansprakelijkheid, de omvorming van een vennootschap die minder dan twee jaar bestaat of waarvan de statuten de omvorming uitsluiten, en de ontbinding van een V.O.F. of commanditaire vennootschap, is zelfs de eenparige instemming van alle vennoten vereist. Ook wanneer geen eenparigheid vereist is en de aandeelhouders dus niet allen over een vetorecht beschikken, bemoeilijkt het bepalen van een meerderheid van $\frac{3}{4}$ voor statutenwijziging (4) of $\frac{4}{5}$ voor wijziging van het doel, bij de opkomst van de voltallige minderheidsgroep, sterk het verkrijgen van een controleparticipatie. De minderheidsgroep kan in principe aanwezig zijn, vermits de beslissingen waarvoor een bijzondere meerderheid wordt vereist, vermeld dienen te worden op een agenda die samen met de oproepingsbrief, en soms een toelichting door de beheerraad, tijdig meegedeeld dienen te worden aan de aandeelhouders (5). Bij vennootschappen met een verspreid aandelenbezit blijft de effectiviteit van deze bepalingen nochtans uiterst gering (6). Bovendien is voor tal van beslissingen

(1) Art. 70, 107 en 136 Venn.W.

(2) Art. 71, 72, 101 ter, 102, 107, 136, 167 en 168 §1 Venn.W. Zie voor de ontbinding ook: J. RONSE, Algemeen deel van het Vennootschapsrecht, p. 509 e.v.

(3) Art. 70 bis, 107, 136 en 168 §2,4 en 5 Venn.W.

(4) Art. 70 Venn.W.

(5) Zie art. 70, 2°, 70 bis, 1° en 3°, 71 A, 2°, 72, 2°, 107, 136 en 167 Venn.W.

(6) Zie ook G. SUETENS-BOURGEOIS, De verhouding meerderheid-minderheid in de naamloze vennootschap, Leuven 1969, p. V.

die de belangen van een minderheidsgroep nochtans duidelijk kunnen beïnvloeden, geen bijzondere meerderheid vereist. Om slechts enkele voorbeelden te noemen: overdracht van een gewone controleparticipatie zonder publiek aanbod, het afsluiten van technische samenwerkingsakkoorden die de onderneming economisch afhankelijk maken van een leverancier of afnemer, het voeren van een commerciële politiek die winsttransferten naar andere ondernemingen bevordert, het benoemen van beheerders die vooral de concernbelangen trachten te behartigen, het voeren van een winstverdelingspolitiek waarbij de winsten ofwel vrijwel integraal worden gereserveerd of waarbij zoveel wordt uitgekeerd dat een gezonde ontplooiing van de onderneming op langere termijn sterk wordt bemoeilijkt enz. In elk van deze gevallen is een beroep op art. 60 Venn.W. en de aansprakelijkheid van de beheerders tegenover de vennootschap, of een afzetten van de beheerders bij hypothese uitgesloten, vermits ook daarover door de gewone meerderheid(sgroep) wordt beslist. Art. 76 Venn.W. beperkt weliswaar het stemrecht van de meerderheid en leidt zo tot een met een versterkte meerderheid vergelijkbare machtsverhouding. Omdat dit zeer betwiste artikel bij een hervorming van het vennootschapsrecht waarschijnlijk niet zal worden weerhouden, wordt het hier nochtans niet verder besproken.

431. In twee gevallen trachten evenwel bijzondere regelingen de nadelen te ondervangen van het ontbreken van de vereiste van een bijzondere meerderheid, of van het gebrek aan effectiviteit van dergelijke bepalingen. De eerste, en belangrijkste, groep situaties betreft het publiek aanbieden van effecten. Deze transacties moeten aan de controle van de Bankcommissie worden onderworpen, die een bijzondere aandacht heeft besteed aan de verplichtingen van de beheerders tegenover alle aandeelhouders bij de overdracht van controleparticipaties. Het moge volstaan hiervoor terug te verwijzen naar wat eerder werd geschreven over misbruik van voorwetenschap.

432. Het tweede geval betreft beslissingen tot wijziging van de rechten die verbonden zijn aan verschillende categorieën aandelen. Indien voor deze beslissingen geen meerderheid wordt gevonden van ten minste $\frac{1}{3}$ van het totaal aantal in die categorie bestaande effecten, kan de beslissing maar worden uitgevoerd na bekrachtiging door het Hof van Beroep van het rechtsgebied waarin de vennootschap haar maatschappelijke zetel heeft (1). Het Hof hoeft zich daarbij niet te beperken tot een onderzoek over het naleven van de voorgescreven procedure. Het heeft een discretionaire bevoegdheid om zich uit te spreken over de grond van de zaak, maar dient zich wel te beperken tot een goed- of afkeuren. Het Hof kan dus elk onderzoek bevelen dat wenselijk wordt geacht om het besluit te kunnen beoordelen, maar kan de beslissing van de algemene vergadering niet wijzigen om de beslissingen aan zijn bevindingen te conformeren (2).

b) andere rechtsmiddelen (3)

433. Artikel 191 Venn.W. voorziet dat de rechter op verzoek van de aandeelhouders die ten minste $\frac{1}{5}$ van de aandelen bezitten, na het horen van de partijen in de Raadkamer, in uitzonderlijke gevallen, één of meer commissarissen aanstellen om op in het vonnis nauwkeurig te omschrijven punten de boeken en de rekeningen van de ondernemingen te onderzoeken. De rechtspraak kent dit zgn. enquêterecht op één enkele uitzondering na, slechts toe wanneer ernstige onregelmatigheden in het beheer worden vermoed (4). Ook bij een minder restric-

(1) Art. 71 B Venn.W.

(2) Zie G. SUETENS-BOURGEOIS, o.c., p. 87 e.v., nrs. 152 e.v.

(3) Hierbij wordt alleen rekening gehouden met in de wet voorziene rechtsmiddelen; andere, zoals statutaire of andere contractuele blokkeringsregels, stemafspraken, enz., worden hier niet besproken.

(4) Zie hierover Cass., 4 februari 1909, Pas. 1909, I, 128 waar voor een eerder beperkte interpretatie werd geopteerd; zie daarentegen voor een ruimere interpretatie: Rb. v. Kph. Antwerpen, 16 februari 1962, R.P.S. 1962, nr. 5067 met noot P. COPPENS, .../...

tieve toepassing kan dit artikel in de hier besproken situaties slechts een geringe bescherming bieden. Het resultaat van een dergelijk onderzoek is niet bindend. Het kan wel desgevallend tot een strafvervolgving aanleiding geven. Maar het instellen van een aansprakelijkheidsvordering, wat de minderheidsgroep meer rechtstreeks aanbelangt, wordt er maar door vergemakkelijkt indien het resultaat van de vordering voldoende andere aandeelhouders overtuigt om een meerderheid te vinden voor het instellen van een actio mandati in vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid. Daarbij beschikken zij alleen over de in nrs. 437 e.v. geschetste vorderingen. In andere vennootschappen stelt de bescherming van de minderheid minder problemen, omdat elke vennoot een persoonlijke vordering behoudt tegenover de ondernemingsleiding (1). Bovendien is vereist dat de vordering snel wordt ingesteld. Sinds de wet van 25 mei 1913 (2), wordt in België vrijwel algemeen aangenomen dat de minderheid geen beroep meer kan doen op art. 191 Venn.W. na het verlenen van de décharge, zelfs al hebben zij zich tegen het verlenen daarvan verzet (3).

434. In de hier besproken context van ondernemingen in moeilijkheden dient bovendien gewezen te worden op art. 103 Venn.W. Deze bepaling verplicht de beheerders de vraag naar het al dan niet ontbinden van de vennootschap voor te leggen aan de algemene vergadering wanneer de helft van het maatschappelijk kapitaal verloren is gegaan. De algemene vergadering beraadslaagt zoals voor een statutenwijziging. Wanneer 3/4 van het maatschappelijk kapitaal verloren ging, kan

(4) ./.. besproken in J. RONSE, Overzicht van rechtspraak, vennootschappen, T.P.R. 1964, p.113, nr. 93. Zie verder: G. SUETENS-BOURGEOIS, o.c., p. 207, nr. 352.

(1) Zie J. RONSE, Algemeen deel van het Vennootschapsrecht, p. 462 en 430 e.v.

(2) B.S. 30 oktober 1973; bij deze wet werd art. 79 Venn.W. ingevoerd.

(3) Zie o.a. J. RONSE, o.c., p. 462; J. VAN RYN en J. HEENEN, I, 1^o uitg., p. 396, nr. 610; G. SUETENS-BOURGEOIS, o.c., p. 318, nr. 234.

de ontbinding zelfs worden uitgesproken door de aandeelhouders die 1/4 van de op de vergadering vertegenwoordigde aandelen bezitten. De regeling van art. 103 Venn.W. geldt voor de N.V. en de commanditaire vennootschap op aandelen. In een P.V.B.A. geldt dezelfde regeling, maar zij kan bovendien worden ontbonden op verzoek van iedere belanghebbende, dus ook aandeelhouders, wanneer het kapitaal ten gevolge van verliezen minder bedraagt dan 200.000 BF (1).

435. Ook kan worden opgemerkt dat de Bankcommissie er telkens wanneer zij daartoe de gelegenheid heeft (2) op aandringt dat bij emissie van effecten een voorkeurrecht zou worden verleend aan de oude aandeelhouders (3). Op deze wijze kan een distortie van de machtsverhoudingen tegen de wil van de aandeelhouders worden bemoeilijkt (4).

436. Tenslotte kunnen de aandeelhouders zich tot de rechter wenden om hen te verzoeken het faillissement van de onderneming uit te spreken, wanneer zij van oordeel zijn dat aan de voorwaarden daartoe is voldaan, en dat verder uitstel alleen de liquidatie vergoeding nog meer kan aantasten. Deze mogelijkheid wordt evenwel verder besproken bij de rechtsmiddelen waarover de schuldeisers beschikken.

c) vernietigen van beslissingen van de algemene vergadering

437. Naast de specifieke rechtsmiddelen die voorzien worden in de vennootschapswetgeving, ontwikkelde de rechtspraak een jurisprudentie over de bescherming van de minderheidsaandeelhouders tegen misbruik van de meerderheid in een

(1) Art. 140 Venn.W.

(2) Zie nr. 386.

(3) Zie o.a. Jaarverslag Bankcommissie, 1966, p. 145; en over de voorzorgsmaatregelen die genomen dienen te worden wanneer oude aandeelhouders geen beroep willen of kunnen doen op hun voorkeurrecht: idem, 1963, p. 106.

(4) Zie voor het relaas van een operatie waarbij dit probleem rees: W.J. SLAGTER, Plaatsing van aandelen als bescherming tegen een overval, T.V.V.S. 1974, 289 e.v.; en dezelfde, Uitgifte van aandelen bij de K.N.S.M. groep N.V., T.V.V.S. 1974, 331 e.v.; alsook F. HEYNING, Plaatsen van aandelen bij bevriende relaties, T.V.V.S. 1974, p. 294 e.v.

vennootschap waarin gesteld wordt dat in sommige gevallen op verzoek van minderheidsaandeelhouders beslissingen van de algemene vergadering kunnen worden vernietigd die formeel geldig werden genomen (1). Vóór 1953 betrof deze rechtspraak in hoofdzaak beslissingen waarbij de verworven rechten van aandeelhouders of de gelijkheid tussen hen, niet werden gerespecteerd in statutenwijzigingen waarbij essentiële kenmerken van de vennootschap, of de rechten die aan de verschillende categorieën aandelen waren verbonden, gewijzigd werden zonder de instemming van alle betrokken groepen (2). Deels werd de door de rechtspraak gecreëerde bescherming in de vennootschapswetgeving ingeschreven bij de wet van 10 november 1953 (3) inzake beslissingen van de algemene vergadering waarin de respectievelijke rechten van de verschillende categorieën effecten worden gewijzigd. De onbevoegdheid om essentiële kenmerken van de vennootschap te wijzigen werd af-

(1) Hier wordt niet verder ingegaan op het vernietigen van beslissingen van organen van vennootschappen die strijdig zijn met bepalingen van dwingend recht, met de vennootschapswet of met de statuten. Zie hierover verder: J. RONSE, 'Nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap', preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Jaarboek 1965-1966, p. 373 e.v., en Y. SCHOENTJES-MERCHIEERS, 'La nullité de décisions d'organes de sociétés et en particulier la nullité par violation d'un principe général', R.C.J.B. 1973, p. 269 e.v. en vnl. p. 274 e.v.

(2) Zie inzake het wijzigen van de rechten die verbonden waren aan de verschillende categorieën effecten, Brussel, 13 november 1908, Pas. 1909, II, 131; Rb. v. Kph. Brussel, 24 juni 1924, Pas. 1925, III, 61; Rb. v. Kph. Brussel, 19 september 1930, Pas. 1931, III, 21: een vennootschap werd vervroegd ontbonden waarna de activa ingebracht werden in een nieuwe vennootschap met een andere structuur van de categorieën aandelen; de vordering tot nietigverklaring werd afgewezen. Zie inzake het wijzigen van essentiële kenmerken van de vennootschap: Rb. v. Kph. Brussel, 1 december 1948, J.T. 1949, p. 215 met noot P. COPPENS: statutenwijziging met een verregaande beperking van de overdraagbaarheid van de aandelen; de vordering werd ingewilligd. Zie verder: P. COPPENS, L'abus de majorité dans les sociétés anonymes, Gembloux, 1947, p. 137 e.v. en R. PIRET, 'La protection des minorités d'actionnaires en droit belge', R.P.S. 1953, p. 150 e.v.

(3) B.S. 18 november 1953; zie ook nr. 432.

gezwakt door het reglementeren van wijzigingen van het doel of het omvormen van N.V.'s of P.V.B.A.'s (1). Tenzij één van deze procedures gevolgd wordt, blijft de algemene vergadering evenwel onbevoegd om essentiële kenmerken van de vennootschap te wijzigen of op een andere wijze de verbintenissen van de aandeelhouders verder uit te breiden zonder dat elk van hen hiermee uitdrukkelijk instemt (2). Het misken-
nen van de gelijkheid van de aandeelhouders blijft aanleiding geven tot rechtspraak (3). Het meest ontwikkeld blijkt de rechtspraak waarin beslissingen vernietigd werden waarbij de vennootschap schade leed in het uitsluitend voordeel van de meerderheidsaandeelhouders (4). De juiste rechtsgrond van

(1) Zie art. 70, 2° lid Venn.W. zoals gewijzigd door de W. 6 januari 1958, B.S. 16 januari 1958 en W. 23 februari 1967, B.S. 8 maart 1967.

(2) Zie J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., I, 1° uitg., p. 353, nrs. 524 e.v. en p. 444, nr. 713.

(3) Zie o.a. Luik, 8 juli 1952, R.P.S. 1954, 32 met noot P. COPPENS: een emissie van effecten onder de beurs- en boekwaarde schendt de gelijkheid niet wanneer de houders van effecten een voorkeurrecht verkrijgen; Rb. v. Kph. Brussel, 21 maart 1960, R.P.S. 1961, 296, besproken door J. VAN RYN en P. VAN OMMESLAGHE, Examen de Jurisprudence, Sociétés (1961-1965), R.C.J.B. 1967, p. 344: een emissie zonder voorkeurrecht voor oude aandeelhouders kan niet worden vernietigd wanneer niet bewezen is dat zij werd uitgeschreven met het oogmerk de minderheidsaandeelhouders te schaden. Zie ook de rechtspraak over vervroegde vereffening van de vennootschap waarbij de activa worden overgenomen door de meerderheidsaandeelhouders; zie daarentegen voor auteurs volgens wie dit criterium in de rechtspraak minder doorslaggevend is; J. RONSE, preadvies, p. 393 en Y. SCHOENTJES-MERCHERS, R.C.J.B. 1973, p. 277 en 279 e.v.

(4) Zie inzake beslissingen tot een vervroegde vereffening van de vennootschap waarbij de activa worden overgenomen door de meerderheidsaandeelhouders of een vennootschap waarin zij belangen hebben: Rb. v. Kph. Namen, 2 februari 1950, R.P.S. 1951, p. 15 met noot P. COPPENS: de vordering werd ingewilligd; Brussel, 28 februari 1952, J.T. 1953, 565, idem; Brussel, 8 juli 1954, R.P.S. 1955, 285 met noot P. COPPENS: de vordering werd afgewezen omdat de bedoeling te benadelen niet bewezen werd geacht; Brussel, 7 juli 1955 besproken door J. VAN RYN en P. OMMESLAGHE, Examen de Jurisprudence, Sociétés (1954-1956), R.C.J.B. 1958: de vordering werd ingewilligd. Zie inzake een beslissing waarbij de meerderheidsaandeelhouder zich als beheerder een inkomen toekende waardoor de vennootschap verlieslatend werd: Brussel, 19 mei 1954, .../...

deze uitspraken is niet altijd duidelijk. De oudste rechtspraak spreekt van een schenden van verworven rechten met verwijzing naar art. 1134 B.W. (1). Latere rechtspraak is minder expliciet, en spreekt eerder van handelingen die strijdig zijn met het vennootschapsbelang. PIRET geeft er de voorkeur aan de rechtsgrond niet verder te specificeren, en voelt er weinig voor om deze rechtspraak te interpreteren als een toepassing van de doctrine inzake bevoegdheidsafwending (2) of misbruik van recht (3). COPPENS heeft minder bezwaar tegen een aanwending van het begrip rechtsmisbruik of bevoegdheidsafwending, maar verkiest het bestrijden van misbruik van de meerderheid op grond van de verplichting om het vennootschapscontract te goeder trouw uit te voeren, overeenkomstig art. 1134 en 1833 B.W. (4). COPPENS formuleert dit standpunt in een commentaar bij een uitspraak van het Hof van Beroep te Brussel, waarin een nieuwe wending werd gegeven aan de rechtspraak door een beslissing van de meerderheid nietig te verklaren wegens fraude, daarbij onrechtstreeks steunend

(4) ./ J.T. 1955, p. 38. Zie inzake een beslissing betreffende een levering aan een vennootschap door een onderneming waarin de meerderheidsaandeelhouders een belangrijke participatie hadden en waarbij de eerste vennootschap een groot verlies leed door wanprestatie van de verkoper: Brussel, 7 februari 1939, R.P.S. 1939, p. 157 met noot P. COPPENS: de beslissing inzake de bestelling werd niet vernietigd maar de meerderheidsaandeelhouders werden persoonlijk veroordeeld wegens bedrog.

(1) Zie Rb. v. Kph. Brussel, 24 juni 1924, Pas. 1925, III, 61; Brussel, 13 november 1908, Pas. 1909, II, 131; zie P. COPPENS, Abus de majorité, p. 138 e.v. met verdere verwijzingen, o.a. naar CORBIAU.

(2) Zie voor rechtspraak: Rb. v. Kph. Antwerpen, 23 september 1952, R.P.S. 1953, p. 110 en Rb. v. Kph. Brussel, 21 maart 1960, R.P.S. 1961, p. 296; in dit laatste geval werd het verwijt niet bewezen geacht.

(3) R. PIRET, La protection des minorités d'actionnaires en droit belge, R.P.S. 1953, p. 162 e.v. Zie eerder in dezelfde zin inzake machtsafwending: J. RONSE, preadvies, p. 393.

(4) P. COPPENS, Abus de majorité, p. 148 e.v. en vnl. p. 163.

op art. 1116 B.W. (1). Wanneer gesteund wordt op de verplichting overeenkomsten te goeder trouw uit te voeren, vermijdt men moeilijkheden die rijzen bij de interpretatie van het begrip fraude. Dit begrip wordt in het burgerlijk recht niet omschreven. Sommigen interpreteren dit begrip extensief, en zien er een bijzondere toepassing van het leerstuk inzake misbruik van recht in. Zij steunen daarbij eigenlijk op het begrip goede trouw en art. 1134 B.W. (2). Anderen zijn daarentegen van oordeel dat slechts van fraude kan worden gesproken wanneer de meerderheid de minderheid benadeelde door een bedrieglijk handelen (3). Bij herhaling werd in de rechtspraak evenwel gesteld dat een beslissing slechts vernietigbaar wordt geacht wanneer zij genomen werd met het oogmerk te schaden (4). In de meest recente rechtspraak wordt daarentegen het oogmerk te benadelen minder beklemtoond. In een omstandig gemotiveerd arrest vernietigde het Hof te Brussel op 13 januari 1971 een beslissing van een beheerder-aandeelhouder omdat deze strijdig geacht werd met het beginsel van de goede trouw (art. 1134, 3° lid B.W.), het belang van de

(1) Brussel, 7 februari 1939, R.P.S. 1939, p. 157 met noot, en P. COPPENS, o.c., p. 157 e.v. Een onderneming waarin de meerderheidsaandeelhouders van de kopende vennootschap een aanmerkelijk belang hadden, leverde aan deze laatste een installatie die tal van gebreken vertoonde en zo een belangrijk verlies veroorzaakte voor de koper. De meerderheidsaandeelhouders verzetten zich evenwel tegen het instellen van een vordering tegen de verkoper die met de transactie een belangrijke winst boekte. Zie in dezelfde zin als Coppens: J. RONSE, preadvies, p. 394 e.v.

(2) Zie GILSON de ROUVREUX, noot in R.P.S. 1926, p. 202 Y. SCHOENTJES-MERCHERS, R.C.J.B. 1973, p. 278 en 281 e.v. wijst er evenwel op dat ook het begrip goede trouw tot interpretatieproblemen leidt.

(3) Zie P. COPPENS, o.c., p. 161 e.v. en de daar vermelde tegengestelde opvattingen van Bedarride, Demogue, De Page, Planiol, Ripert en Esmein.

(4) Zie Rb. v. Kph. Brussel, 19 september 1930, Pas. 1931, III, p. 21; Rb. v. Kph. Brussel, 5 augustus 1944 en 1 juni 1946, R.P.S. 1947, p. 162; Rb. v. Kph. Namen, 2 februari 1950, R.P.S. 1951, p. 15 met noot P. COPPENS (hier werd de vernietigde beslissing ook als een misbruik van macht gekwalificeerd); Luik, 8 juli 1952, R.P.S. 1954, p. 32; Rb. v. Kph. Antwerpen, .../...

vennootschap (art. 1835, jo. 1833 B.W.), het belang van de vennoten (art. 1859, 2° B.W.) en bovendien bedrieglijk (art. 1856 B.W.) (1).

438. De rechtspraak waarbij besluiten vernietigd worden die niet te goeder trouw werden genomen, of anders geformuleerd, waar de meerderheid het belang van de vennootschap miskende en uitsluitend haar eigen belang beschermde (2), biedt een betere basis voor het verder ontwikkelen van de bescherming van de minderheidsaandeelhouders dan de rechtspraak die vooral een bedrieglijk handelen wil sanctioneren, en daarom vereist dat bewezen wordt dat de meerderheid handelde met het oogmerk de minderheid (op bedrieglijke wijze) te benadelen. Een argumenteren op grond van de verbintenis om de vennootschapsovereenkomst te goeder trouw uit te voeren kan eigenlijk nauwelijks onderscheiden worden van een argumentatie op grond van de leerstukken inzake misbruik van recht of afwending van bevoegdheid. Dat de rechtspraak vrij algemeen aanneemt dat handelingen met miskenning van het vennootschapsbelang vernietigbaar zijn, impliceert niet dat vennoten hun eigen belang niet zouden mogen beschermen (3). Hun

(4) ./.. 23 september 1952, R.P.S. 1953, p. 110; Brussel, 8 juli 1954, J.T. 1954, 681; Rb. Brussel, 28 juni 1955, J.T. 1956, 71; Rb. v. Kph. Brussel, 21 maart 1960, besproken door J. VAN RYN en P. OMMESLAGHE, l.c.; zie ook P. COPPENS, 'Du caractère intentionnel de l'abus de majorité', R.P.S. 1955, p. 292.

(1) Brussel, 13 januari 1971, R.C.J.B. 1973, p. 260 met noot Y. SCHOENTJES-MERCHIEERS.

(2) Zie voor een recente uitspraak waarin volgens deze lijnen werd geredeneerd: Rb. v. Kph. Brussel, 6 juni 1977 (onuitgegeven): de rechtbank oordeelde dat een aandeelhouder de bescherming van zijn eigen belang mag nastreven, maar nooit uitsluitend zijn eigen belang mag beschermen ten koste van dit van de vennootschap als eenheid. In casu werd geoordeeld dat niet aan deze voorwaarde werd voldaan. Zie voor andere uitspraken waarbij als enige of bijkomende rechtsgrond gesteld werd dat vennoten contractueel gehouden zijn het belang van de vennootschap in aanmerking te nemen bij het nemen van hun beslissingen: Rb. v. Kph. Namen, 20 februari 1950, R.P.S. 1951, p. 15; Brussel, 28 februari 1952, J.T. 1953, p. 565; Rb. v. Kph. Antwerpen, .../...

handelingen zijn daarom slechts vernietigbaar wanneer zij de vennootschap slechts gebruikten om anderen te benadelen, of wanneer zij bij het beleid van de vennootschap het belang van de vennootschap (en de andere vennoten) miskenden en zo in hun uitsluitend voordeel een beleid voeren waardoor de vennootschap en de andere vennoten schade leiden, of althans een beleid voeren waarbij het door hen genoten voordeel niet in verhouding is tot het aan de vennootschap berokkende nadeel. Deze criteria voor het beoordelen van de goede trouw bij de uitvoering van een vennootschapscontract, vallen samen met de criteria die door de rechtspraak en de rechtsleer geformuleerd werden om vast te stellen wanneer van een recht misbruik wordt gemaakt (1). Uit art. 1134, 3° lid B.W., en vooral uit art. 1833, 1855 en 1859, 2° B.W., kan ook worden afgeleid dat de bevoegdheden van vennoten in een vennootschap nooit volledig discretionair kunnen zijn. Zij zijn niet alleen door de overeenkomst gebonden om het vermogen van de vennootschap en de inbreng van andere vennoten niet uitsluitend aan te wenden in hun eigen voordeel, maar om de belangen van de vennootschap te behartigen omdat zij de vennootschapsovereenkomst te goeder trouw dienen uit te voeren. Hun rechten of bevoegdheden (2) om als vennoot te handelen, worden intrinsiek beperkt door

(2) ./, 23 september 1952, R.P.S. 1953, p. 110; Rb. v. Kph. Brussel, 21 maart 1960, R.P.S. 1961, p. 296; Brussel, 13 januari 1971, R.C.J.B. 1973, p. 260.

(3) Zie Rb. v. Kph. Brussel, 6 juni 1977 (onuitgegeven) en Y. SCHOENTJES-MERCHIEERS, R.C.J.B. 1973, p. 281.

(1) Zie W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 184 e.v. en vooral tot p. 191; F. VANNESTE, Misbruik van recht, T.P.R. 1967, p. 340 tot p. 352, en P. VAN OMMESLAGHE, 'Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi', R.C.J.B. 1976, p. 303 e.v. en o.a. p. 335.

(2) Zie voor een indeling van subjectieve rechten uitvoerig W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 87 e.v. en vnl. p. 93 e.v. In het kader van de in nrs. 12 e.v. geschetste rechtsopvatting wordt hier een enigszins afwijkende, maar niet fundamenteel andere indeling gebruikt. Macht lijkt op de eerste plaats de fysische kracht of mogelijkheid om een bepaald resultaat te bereiken, en wordt hier niet als een juridische categorie gebruikt. Een aanspraak is de wens van een rechtsonderhorige om .../...

hun verbintenis om in het belang van de vennootschap als zodanig te handelen of althans het belang van de vennootschap voor ogen te houden. Deze beperking van hun bevoegdheid laat toe handelingen waarbij deze regel miskend werd, ook te kwalificeren als een bevoegdheidsafwendung (1). Het verder ontwikkelen van de rechtspraak over misbruik van meerderheid of het toetsen van meerderheidsbeslissingen, ligt trouwens in de

(2) ./.. een bepaald resultaat te bereiken. Hij zal dit kunnen bereiken wanneer hij daartoe de macht heeft, ongeacht of wat hij bereiken wil volgens het recht geoorloofd is of niet. Of wanneer hij het in rechte kan afdwingen wanneer zijn aanspraak door het recht wordt beschermd. In dat geval kan gesproken worden van een bevoegdheid, waaraan voor de andere partij een gebondenheid beantwoordt tenzij deze over een immuniteit beschikt. Deze bevoegdheid kan verschillende vormen aannemen: het kan een recht zijn met een wel omschreven voorwerp (demand right), waarmee een plicht correspondeert, of de vrijheid een bepaald gedrag te ontplooiën, wat Van Gerven en Hohfeld als een faculteit (privilege) aanduiden, of een beschermd zijn tegen het afdwingen van aanspraken, wat een immuniteit genoemd kan worden. Die verschillende rechten kunnen elk min of meer doelgebonden zijn. Zij kunnen ook verschillende oorzaken hebben: ofwel wordt een aanspraak als zodanig beschermd (bijv. demand rights), ofwel een zone tot handelen gecreëerd (bijv. privileges), ofwel worden deze groepen bevoegdheden als een verweermiddel geconstrueerd waarbij men rechten ontleend aan het handelen van anderen (art. 1382 B.W.). Het hier gehanteerde begrip bevoegdheid ligt dus dichter bij het door Van Gerven en Hohfeld gebruikte begrip macht (power), dan bij het begrip bevoegdheid dat door Van Gerven en andere door Hohfeld geïnspireerde auteurs wordt voorgesteld. Het voorbeeld dat Van Gerven aanbracht (O.C., p. 92 en 93), inzake vertegenwoordiging en schijnvertegenwoordiging kan evenwel worden overgenomen. Volgens de hier voorgestelde analyse heeft een vertegenwoordiger die binnen de grenzen van zijn volmacht handelt, de bevoegdheid om zijn opdrachtgever te vertegenwoordigen: het recht kent hem die faculteit toe, en derden kunnen dus worden verbonden. Wanneer hij buiten zijn volmacht handelt, kan hij over de macht, d.i. de mogelijkheid beschikken om de indruk te geven dat hij handelt krachtens een volmacht, of derden kunnen door omstandigheden de indruk krijgen dat hij zulks doet. In dat geval is de schijnvertegenwoordiger niet bevoegd. Maar aan de omstandigheden waarin hij handelt ontleen derden de bevoegdheid om aanspraken te formuleren. De schijnvertegenwoordiger is hier aansprakelijk omdat hij géén faculteit had om zo te handelen.

(1) Zie o.a. W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 173 e.v. Zie ook F. VAN NESTE, T.P.R. 1967, p. 353 e.v. waar deze materie behandeld wordt als een vorm van misbruik van recht. Zie in dezelfde zin: P. VAN OMMESLAGHE, R.C.J.B. 1976, p. 318.

lijn van de zich wijzigende opvattingen over de onderneming waarin vooral het doelgebonden karakter van de ondernemersbevoegdheden wordt beklemtoond, en waarbij niet alleen naar de belangen van andere aandeelhouders of van de vennootschap als geheel wordt verwezen, maar ook naar de belangen van werknemers, schuldeisers of het algemeen belang (1).

439. Aan de modaliteiten voor het instellen van een vordering tot nietigverklaring werd behalve door Ronse en Schoentjes-Merchiers, minder aandacht geschonken. Aangenomen mag worden dat de nietigheid ingeroepen kan worden door alle aandeelhouders die door het betwiste besluit benadeeld werden (2), reeds aandeelhouder waren wanneer deze beslissing genomen werd (3), en niet aan het inroepen van de nietigheid hebben verzaakt. Dit laatste veronderstelt zeker dat zij tegen het nemen van de beslissing hebben gestemd.

(1) Zie de nu klassiek geworden uitspraak van de voorzitter van de Rb. v. Kph. Antwerpen, 17 juli 1958, R.C.J.B. 1959, p. 359 met noot DE BERSAQUES; Arb. Rb. Hasselt, 13 januari 1977, R.W. 1976-1977, 2607 met noot W. VAN GERVEN (inz. kol. 2611 e.v.); Jaarverslag Bankcommissie 1967, p. 172; 1969-1970, p. 172; 1970-1971, p. 146; 1974-1975, p. 173 (verplichtingen van beheerders); en vooral 1969-1970, p. 169 (verplichtingen van aandeelhouders); W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 30 e.v., en 'Bedrijfsbezetting en verkoop in eigen beheer door werknemers van de onderneming', R.W. 1976-1977, 65 e.v. en vnl. 72 e.v.; J.M.M. MAEIJER, Nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap, T.P.R. 1967, p. 177 e.v.; A. VAN MENSEL, 'Sluiting van ondernemingen', T.P.R. 1968, vnl. p. 326 e.v. en 332 e.v.; F. VAN NESTE, 'Onbehagen omtrent de eigendom', R.W. 1975-1976, 2609 e.v. en T.P.R. 1967, p. 365 en 366; M. STORME, 'Maatschappelijke vooruitgang en groeiend recht', R.W. 1958-1959, 256 e.v.; R. VANDEPUTTE, Le statut de l'entreprise, vnl. p. 81 e.v. Zie ook over de plaats van de onderneming in het economisch recht en de aard van haar activiteit onder nr. 60.

(2) Brussel, 8 juli 1954, J.T. 1954, p. 681; J. RONSE, pre-advies, p. 399; Y. SCHOENTJES-MERCHIER, R.C.J.B. 1973, p. 234 e.v..

(3) Rb. v. Kph. Brussel, 6 juni 1977 (onuitgegeven).

Bovendien is er rechtspraak die aanneemt dat aan dit recht verzaakt werd wanneer deelgenomen werd aan een onregelmatig samengeroepen vergadering, de bespreking van punten die niet op een agenda aangekondigd werden en waarover daarom geen besluiten genomen mochten worden, door de eiser meegewerkt werd aan de uitvoering van de betwiste beslissingen, of deelgenomen werd aan latere vergaderingen (1). Zowel op praktische als op theoretische gronden kan de stelling bijgetreden worden dat een vordering tot nietigverklaring tegen de vennootschap ingesteld moet worden vermits zij werd genomen door een orgaan van de vennootschap in uitvoering van de oprichtingsovereenkomst (2). De vennootschap kan de nietigheid zelf als verweermiddel invoeren (3) en de aandeelhouders blijven persoonlijk aansprakelijk voor een door hen gestelde onrechtmatige daad (4).

d) voorgenomen wijzigingen van het Belgisch
vennootschapsrecht

440. De bescherming van minderheidsaandeelhouders kan in het Belgisch vennootschapsrecht aanzienlijk worden verbeterd wanneer enkele van de thans overwogen wijzigingen worden doorgevoerd. Wellicht de belangrijkste betreft de actio mandati.

(1) Zie J. RONSE, preadvies, p. 399. Deze laatste uitspraak betrof een verzoek tot nietigverklaring wegens onregelmatigheden, en niet wegens misbruik van meerderheid, en kan als een geïsoleerde beslissing worden beschouwd. Zie Cass., 5 juli 1878, Pas. 1878, I, 300.

(2) Zie uitvoerig over de juridische kwalificatie van besluiten van de algemene vergadering van vennootschappen: J. RONSE, preadvies, p. 378 e.v. en p. 401. Zie in dezelfde zin voor Nederland: W.C.L. VAN DER GRINTEN, 'Nietigheid van besluiten van organen van de N.V.', preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Jaarboek 1965-1966, p. 410 (waar een andere juridische kwalificatie wordt voorgesteld) en p. 422. Zie contra: J.M.M. MAEIJER, T.P.R. 1967, p. 171. Zie ook contra: Brussel, 7 februari 1939, R.P.S. 1939, p. 157.

(3) Luik, 8 maart 1961, Pas. 1962, II, 172; J. RONSE, preadvies, p. 400.

(4) Zie verder: J. RONSE, 'Proceshandelingen van en tegen vennootschappen, in G. VAN DIEVOET (ed.) e.a., Actuele problemen van Gerechtelijk Privaatrecht, Leuven 1976, p. 83 e.v.

Overwogen wordt de actio mandati toe te kennen aan een of meer effectenhouders die op de dag waarop de algemene vergadering over de kwijting van de beheerders dient uit te spreken, samen over één twintigste van de stemmen beschikken die verbonden zijn aan de gezamenlijke effecten. Zij zouden deze vordering in kunnen stellen in naam en voor rekening van de vennootschap en daartoe een bijzondere gemachtigde aanstellen. Effectenhouders die voor een geldig verleende décharge stemden, kunnen evenwel deze vordering volgens het voorstel niet instellen. Als ultimum remedium wordt overwogen aan de rechter de bevoegdheid te geven om op vordering van iedere aandeelhouder, de vennootschap te ontbinden wanneer tussen aandeelhouders of groepen aandeelhouders een zoslechte verstandhouding heerst, dat de werking van de vennootschap erdoor verhinderd wordt, of door het volledig ontbreken van winst of activa -- de teksten lopen op dit punt uit elkaar -- het doel van de vennootschap niet verder kan worden nagestreefd (1). Het ontwerp voorziet ook een voorkeurrecht voor oude aandeelhouders bij kapitaalverhogingen om te beletten dat zo de machtsverhoudingen tegen hun wil zouden worden gewijzigd (2).

2) het communautair vennootschapsrecht

441. Naast de Belgische voorstellen voor een wijziging van het vennootschapsrecht, dient vooral aandacht besteed te worden aan enkele Europese ontwerpen, die een aanpassing vereisen zullen van het Belgisch recht of dit recht althans zullen beïnvloeden. Enerzijds zijn er de voorstellen van richtlijnen tot harmonisatie van het vennootschapsrecht in de lid-Staten. Deels omdat het recht in andere lid-Staten soms een duidelijk beter uitgebouwde bescherming aan minderheidsgroepen biedt, kan een harmonisatie leiden tot een welkome aanvulling van de bescherming die zij in België genieten. Hierbij dient vooral aandacht besteed te worden aan het ontwerp voor een vijfde richtlijn (...) met betrekking tot de structuur van de N.V. (3). Daarnaast zal aandacht besteed worden aan het ontwerp voor een Europese vennootschap (S.E.) (4). Dit ontwerp

(1) Zie art. 110 e.v. en 141 van het voorontwerp, en G. SUETENS-BOURGEOIS, o.c., p. 355, nr. 574.

(2) Art. 127 van het voorontwerp.

(3) Bull. E.G., Suppl. 10/1972.

(4) Bull. E.G., Suppl. 4/1975.

beoogt de invoering van een nieuwe vennootschapsvorm, maar geeft als synthese van de opvattingen in de E.G. over de vennootschap een beeld van de evolutie die misschien ook elders mag worden verwacht, of in ieder geval van knelpunten die de discussies over een aanpassing van het vennootschapsrecht kunnen beheersen.

a) bijzondere meerderheden

442. Het ontwerp voor een vijfde richtlijn voorziet geen bepalingen terzake.

443. Het ontwerpstatuut S.E. voorziet dat alle besluiten van de algemene vergadering met een gewone meerderheid van de geldig uitgebrachte stemmen worden genomen, tenzij de statuten van de S.E. een andere regeling voorzien. Die regeling mag geen grotere meerderheid eisen dan $4/5$ van de geldig uitgebrachte stemmen (1). Statutenwijzigingen (en kapitaalverhogingen) vergen een meerderheid van $3/4$ van de uitgebrachte stemmen en bij de eerste bijeenroeping dient de helft van het kapitaal vertegenwoordigd te zijn (2). Betreffende punten die niet werden aangekondigd op de naar behoren aangekondigde agenda kan de vergadering alleen beslissingen nemen bij eenstemmig besluit van de aandeelhouders die heel het kapitaal vertegenwoordigen. Indien zulks niet mogelijk blijkt kan alleen worden besloten tot het bijeenroepen van een nieuwe algemene vergadering met een nieuwe agenda (3).

b) aanmelding bij het Hof van Justitie

444. Bij statutenwijzigingen wordt een bijkomende bescherming geboden door het onderzoek van de aanmelding door het Hof van Justitie. Statutenwijzigingen dienen bij het Hof te worden aangemeld. Het Hof onderzoekt hen op hun regelmatigheid. Het kan de inschrijving in het Europees handels-

(1) Zie art. 91, 2.

(2) Art. 41 en 243.

(3) Art. 86, 4.

register weigeren wanneer een statutenwijziging niet beantwoordt aan de voorschriften van het (ontwerp)statuut of de statuten van de vennootschap (1)

c) enquêterecht

445. Het enquêterecht, zoals wij dat thans reeds kennen in België, wordt niet behandeld in het voorstel voor een vijfde richtlijn. Dit ontwerp verleent evenwel een recht op informatie aan elke aandeelhouder. Het verstrekken van informatie kan door het orgaan van bestuur alleen worden geweigerd wanneer de vennootschap door het medelen van de inlichtingen een aanzienlijke schade zou kunnen lijden, of zo een wettelijke geheimhoudingsplicht zou worden geschonden (2). De lid-Staten dienen er zorg voor te dragen dat de besluiten van de vergadering nietig of vernietigbaar zijn wanneer aan een aandeelhouder inlichtingen werden geweigerd in strijd met deze bepaling (3). Deze nietigheid heeft evenwel alleen een intern effect, omdat zij de bescherming van door derden te goeder trouw verkeegen rechten onverminderd laat.

446. Het ontwerp SE voorziet een analoge regeling, maar voorziet daarbij dat de aandeelhouder kan laten notuleren

(1) Zie art. 224 en 245. Deze regeling kan worden vergeleken met het Nederlandse vennootschapsrecht waar een statutenwijziging slechts rechtskracht krijgt wanneer de Minister van Justitie een verklaring van geen bezwaar verleent. De Minister kan deze verklaring weigeren wanneer hij, rekening houdend met de wet, de goede trouw, de vennootschappelijke orde, ook voor zover deze niet in een wettekst is neergelegd, vaststelt dat de wijziging strijdig is met de wet, de statuten, de goede trouw of de openbare orde, of dat bij een kapitaalsverhoging niet blijkt dat ten minste één vijfde van de kapitaalsverhoging geplaatst of niet aangetoond wordt dat een kapitaalsvermindering op wettelijk geoorloofde wijze geschiedde. Zie art. 45 d Wb. v. Kph. (Nl.), en van der HEYDEN-van der GRINTEN, Handboek voor de N.V. naar Nederlands recht, Zwolle 1962, p. 631 e.v., nr. 349; SLAGTER, Compendium van het vennootschapsrecht, Deventer 1968, p. 238; G. SUETENS-BOURGEOIS, o.c., p. 12 e.v., nrs. 23 e.v. Opgemerkt kan worden dat het Nederlands recht geen bijzondere meerderheid eist voor statutenwijzigingen.

(2) Art. 31.

(3) Art. 42 d.

dat hem inlichtingen werden geweigerd. Hij kan de rechter verzoeken in laatste instantie te bepalen of de inlichtingen verstrekt dienden te worden (1). Besluiten die in strijd met het statuut, of de statuten, werden genomen, kunnen worden nietig verklaard op het verzoek van elke aandeelhouder of andere belanghebbenden (2).

447. Daarnaast voorziet het ontwerp statuut dat de aandeelhouders die samen 5% van het kapitaal, of aandelen met een nominale waarde van 1000.000 RE bezitten, of de vertegenwoordiger van een groep obligatiehouders, zich in een gemotiveerd verzoekschrift tot de rechter kunnen wenden wanneer zij van oordeel zijn dat de jaarrekening of het jaaroverzicht niet beantwoordt aan de terzake geldende bepalingen. De rechter kan deskundigen raadplegen, en, zo hij de vordering toewijst, nauwkeurige aanwijzingen geven over de wijze waarop de vennootschap haar rekeningen dient te corrigeren (3).

(1) Art. 90. Dit verzoek moet worden ingediend binnen de twee weken na de sluiting van de algemene vergadering. Zo de rechter het recht op de inlichtingen erkend, dient het bestuur de inlichtingen binnen de vier weken samen met het verzoek openbaar te maken in de vennootschapsbladen.

(2) Zij dienen hun belang bij het inachtnemen van de geschonden bepaling aan te kunnen tonen, en aan te tonen dat het besluit van de algemene vergadering door de schending werd gewijzigd of kan worden beïnvloed. Een mogelijk invloed volstaat dus (art. 95, 2 en toelichting, Suppl. Bull. E.G. 1975/4, p. 167). De vordering dient ingesteld te worden binnen de drie maanden na het neerleggen van de notulen van de algemene vergadering bij het Europees handelsregister. De rechter kan op verzoek van de eiser de uitvoering van het besluit schorsen, maar kan ook op verzoek van de vennootschap de eiser gelasten voldoende zekerheid te stellen voor de schade die zijn vordering kan veroorzaken indien zij volledig ongegrond wordt afgewezen (art. 95, 3 en 4). De nietigverklaring doet geen afbreuk aan de rechten van derden te goeder trouw tegenover de vennootschap.

(3) Art. 220 en 221 van het voorontwerp. De vordering moet ingediend worden binnen de drie maanden na de bekendmaking in het Publicatieblad van de jaarrekeningen. Er kan worden opgemerkt dat de toepassingsvoorwaarden in de herziene tekst van het ontwerp werden verruimd. Aanvankelijk dienden aandeelhouders 10% van het kapitaal of aandelen tot een nominaal bedrag van 500.000 RE te bezitten. Zie art. 220 van de tekst van het voorstel van 30 juni 1970, Publ. C 124 van 10 oktober 1970 of Suppl. Bull. E.G., 1970/8.

448. Tenslotte voorziet het ontwerp statuut een enquête-recht zoals wij in het Belgisch vennootschapsrecht kennen. Wanneer er redenen zijn om een ernstig verzuim bij de nakoming van de verplichtingen van een van de organen van de vennootschap te vermoeden, of om te vermoeden dat deze organen hun taken niet langer naar behoren kunnen vervullen, en de vennootschap daardoor aanzienlijke schade zou kunnen lijden, kan de rechter verzocht worden een of meer bijzondere commissarissen aan te stellen. Dit verzoek kan worden ingediend door aandeelhouders die samen 10% van het kapitaal vertegenwoordigen of aandelen tot een nominale waarde van 200.000 RE bezitten, door de leden van de Europese ondernemingsraad, of door een vertegenwoordiger van een groep obligatiehouders. Wanneer de rechter dit verzoek gegrond acht, benoemt hij op kosten van de vennootschap één of meer bijzondere commissarissen, en geeft hij hen nauwkeurig de feiten aan waarop hun onderzoek betrekking dient te hebben. Hij kan van de vennootschap het storten van een bedrag of het verstrekken van een bankgarantie eisen voor de betaling van de honoraria van de bijzondere commissarissen (1). Het Europese voorstel verschilt evenwel aanzienlijk van de regeling die wij in België kennen, inzake de maatregelen die de rechter kan nemen na het beëindigen van het onderzoek. De rechter kan volgens het voorstel niet alleen de maatregelen bevelen die hij voor de bewijsvoering nodig acht, maar ook:

- één of meer leden van het bestuur of de raad van toezicht van de SE schorsen;
- hen ontslaan;
- nieuwe leden van deze organen tijdelijk benoemen;
- beschikkingen en besluiten van het bestuur, de raad van toezicht of de algemene vergadering schorsen en vernietigen;
- en zelfs de vennootschap ontbinden (2).

(1) Art. 97 en 98.

(2) Art. 99.

d) actio mandati

449. Even belangrijk is wellicht dat zowel het ontwerp vijfde richtlijn (1), als het ontwerp SE (2), de actio mandati toekennen aan aandeelhouders die beschikken over (tot) 5% van het kapitaal of aandelen met een nominale waarde van (tot) (3) 100.000 RE. De schadevergoeding komt de vennootschap toe.

e) voorkeurrecht

450. Zowel voor de harmonisatie van het vennootschapsrecht van de lid-Staten inzake de N.V. (4), als in het ontwerpstatuut van de SE (5), wordt bepaald dat tot een kapitaalsverhoging beslist dient te worden volgens de regels die gelden voor een statutenwijziging, en dat bij elke kapitaalsverhoging door een inbreng in geld, de aandelen bij voorrang aangeboden dienen te worden aan de aandeelhouders in de verhouding tot hun participatie. Dezelfde regels gelden bij de uitgifte van converteerbare obligaties, maar niet bij hun omzetting.

3) buitenlandse regelingen

451. Het aanpassen van het Belgisch recht aan de ontwerpen van richtlijnen, zal ongetwijfeld de bescherming van minderheidsgroepen vergroten. Daarbij kan wel worden betreurd dat de ontwerpen van richtlijnen voor de harmonisatie van het vennootschapsrecht in de lid-Staten, op verschillende punten veel minder ver gaan dan het ontwerpstatuut voor een SE. Bovendien mag niet worden vergeten dat het toepassingsgebied

(1) Art. 16.

(2) Art. 72, 3.

(3) In het ontwerp-richtlijn.

(4) Zie ontwerp van een tweede richtlijn (...) om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschap als van derden met betrekking tot de oprichting van de N.V., als ook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal (...), Publ. E.G., C 48/8 e.v. van 24 april 1970, art. 22 en art. 25.

(5) Art. 41, 43 en 60.

van de voorstellen voor een derde en een vijfde richtlijn beperkt blijft tot de N.V. Het kan daarom nuttig zijn enkele buitenlandse regelingen te overlopen die een verdere aanpassing van het Belgisch vennootschapsrecht kunnen inspireren (1).

a) Engels recht.

- algemene beginselen en 'fraud on the minority' doctrine

452. Zoals eerder opgemerkt (2) werd in het Engels vennootschapsrecht bijzondere aandacht besteed aan het omschrijven van de loyauteitsverplichting van de beheerders. Al wie deelneemt aan een breach of trust door een beheerder, is daarvoor medeaansprakelijk. Dit geldt a fortiori voor meerderheidsaandeelhouders. Om mede aansprakelijk te zijn volstaat het dat kan worden aangetoond dat de omstandigheden van die aard waren dat redelijkerwijze twijfel moest bestaan over de geoorloofdheid van de transactie. Het is niet vereist dat derden bewust deelnemen aan een inbreuk op de fiduciaire verbintenissen van de beheerders (3).

453. Daarnaast ontwikkelde men ook de fraud on the minority doctrine waarbij afwending van bevoegdheid of misbruik van recht door de meerderheidsaandeelhouders tegenover de minderheid wordt gesanctioneerd. Van fraud on the minority is zeker sprake in drie gevallen:

- wanneer de meerderheid (in haar voordeel) de activa van de vennootschap voor de vennootschap verloren laat gaan (expropriation of the company's property) (4);
- wanneer de meerderheid, door statutenwijzigingen, kapitaalsverhogingen of wijzigingen of op een andere manier, de rechten van de andere aandeelhouders verloren laat gaan (expropriation of other member's property) (5); en
- wanneer de meerderheid ofwel de beheerders machtigt om handelingen te verrichten die strijdig zijn met hun loyauteits-

(1) Het is daarbij, zoals in de inleiding werd gesteld, geenszins de bedoeling om een sluitend rechtsvergelijkend overzicht te bieden. Zie daarvoor o.a. G. SUETENS-BOURGEOIS, o.c. Er wordt alleen getracht de regelingen te overlopen uit EEG lid-Staten, die ook na de aanpassing van het Belgisch recht aan de voorstellen van richtlijnen inspiratie kunnen brengen voor een verbeteren van de bescherming van minderheidsaandeelhouders.

(2) Zie nr. 405.

(3) Zie Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Craddock (No. 3) (1968) 1 W.L.R. 1555, besproken bij L.C.B. GOWER, o.c., p. 554 en 561.

(4) (5) .../...

plicht tegenover de vennootschap, ofwel dergelijke handelingen nadien bekrachtigt, ofwel beslist geen actio mandati in te stellen tegen beheerders die handelden in strijd met hun verplichtingen tegenover de vennootschap (1). Daarbij mag uit het gebruik van de term fraud niet afgeleid worden dat bedrog moet kunnen worden aangetoond. Fraud dient eerder begrepen te worden als misbruik van vertrouwen (2).

In de drie vermelde vormen van fraud on the minority, dient volgens Gower zelfs niet aangetoond te worden dat de handeling niet te goeder trouw werd gesteld in het belang van de vennootschap als zodanig (3). Het omgekeerde zou ten hoogste als een verweermiddel kunnen worden aangevoerd (4).

Of naast de drie vermelde gevallen ook een algemeen beginsel geldt waarbij aandeelhouders gehouden zijn te goeder trouw in het belang van de vennootschap als zodanig te handelen, is niet erg duidelijk (5). Duidelijk is wel dat de aandeelhouders niet dezelfde fiduciaire verplichtingen hebben

(4) Zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 564.

(5) Zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 567 e.v. waar vooral verwezen wordt naar twee gevallen waarin de meerderheid een statutenwijziging aannam waarbij aandeelhouders verplicht zouden worden hun aandelen over te dragen op verzoek van meerderheidsaandeelhouders: Brown v. British Abrasive Wheel Co. (1919) 1 Ch. 290 en Dafen Tinplate Co. Ltd. v. Llanelly Steel Co. (1920) 2 Ch. 124.

(1) Zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 566 en 567.

(2) Zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 564 waar verwezen wordt naar de omschrijving van Lord DAVAY in Burland v. Eagle (1902), A.C., p. 93 P.C.; Lord DAVEY geeft als voorbeeld van 'bedrieglijk' handelen in de betekenis die aan deze term hier gegeven dient te worden, elk handelen waarbij de meerderheid er rechtstreeks of onrechtstreeks naar streeft zich geld, eigendom of voordelen toe te eigenen die toekomen aan de vennootschap, of waartoe ook andere aandeelhouders gerechtigd zijn.

(3) Zie o.c., p. 570: not bona fide in the interest of the company as a whole.

(4) Wellicht moet worden aangenomen dat zulks minder geldt op de omschrijving van deze vorm van fraud, zie eerder voetnoot 2 ; zie trouwens L.C.B. GOWER, o.c., op p. 573.

(5) Zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 570 e.v., waar vooral de wettelijkheid van een dergelijk beginsel wordt bepleit.

tegenover de vennootschap als de beheerders, maar wellicht ook niet volledig discretionair kunnen optreden met miskenning van het vennootschapsbelang (1).

454. Behalve wanneer fraud on the minority kan worden aangetoond, of wanneer een handeling van de vennootschap onwettelijk of ultra vires is, een beslissing niet met de vereiste gekwalificeerde meerderheid werd genomen, of de persoonlijke rechten van de inleidende aandeelhouder aangetast werden of dreigen te worden, kan een individuele aandeelhouder of groep aandeelhouders geen vordering instellen tegen de vennootschap op grond van algemene aansprakelijkheids- of rechtsbeginselen (2). Het is niet duidelijk of de weerslag van deze regel - waarvan de juiste draagwijdte evenmin duidelijk is - wordt beperkt door de mogelijkheid om als

(1) Gesteund wordt daarbij vooral op een dictum van EVERSHED, M.R., in Greenhalgh v. Arderne Cinemas Ltd. (1951) Ch. op p. 1122: 'the shareholder must proceed upon what, in his honest opinion, is for the benefit of the company as a whole'. Om na te gaan wat in het belang van de vennootschap is, wordt voorgesteld dat van een willekeurige aandeelhouder moet kunnen worden verwacht dat hij het ingenomen standpunt beschouwt als zijnde: "in the honest opinion of those who voted in his favour, for that person's benefit". Vermits dit criterium erg moeilijk hanteerbaar is, werd ook voorgesteld de verplichtingen van de aandeelhouders gewoon te interpreteren als een discriminatieverbod. Gower vermeldt slechts twee gevallen waarin op basis van de 'discriminatiewet' werd uitgesproken: British America Nickel Corp. v. O'Brian (1927) A.C. 369, P.C. (althoe wel in dat geval eerder de respectievelijke rechten van verschillende categorieën aandeelhouders werden miskend, en bovendien sprake was van een handeling ultra vires; zie p. 378-379), en een Australische uitspraak: Australian Fixed Trust, Pty Ltd. v. Clyde Industries Ltd. (1959) S.R. (N.S.W.), 33. Een andere benadering, waarbij gesteld wordt dat aandeelhouders, in tegenstelling tot beheerders, niet bona fide in the interests of the company as a whole hoeven te handelen, maar, zoals de beheerders, wel dienen te handelen met een geoorloofd doel (with a proper purpose), brengt geen verheldering (zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 576 e.v.). Een handeling wordt immers niet alleen geacht geen proper purpose te hebben wanneer zij strijdig is met de openbare orde (zie bijv. Pharmaceutical Society of G.B. v. Dickson (1968) 3 W.L.R. 286 H.L., waar geoordeeld werd dat een professionele organisatie verder ge- gaan was in het beperken van de vrijheid van handelen van een van haar leden dan noodzakelijk was voor het realiseren van haar doel, en daarom niet haar opdracht te waken over de deontologie van het beroep kan invoeren om af te wijken van het algemeen beginsel - dat tot de public policy kan worden gerekend - van de vrijheid van handel. Lord REID motiveerde zijn oordeel eerder op het ultra vires beginsel. Men kan ook spreken van een improper purpose wanneer de handeling totaal vreemd was aan het belang (welfare) van de vennootschap en haar aandeelhouders. Op twee punten bestaat nochtans meer duidelijkheid: er is zeker sprake van een ongeoorloofd .../...

aandeelhouder een afgeleide vordering in naam van de vennootschap in te stellen (derivative action, deels vergelijkbaar met een zijdelingse vordering). Gower vermeldt immers onder de voorwaarden voor het instellen van een derivative action, naast procedurale regels (1) ook dat niet elke benadeling van de vennootschap een dergelijke vordering verantwoordt. Er zou

(1) ./.. doel wanneer de handeling werd verricht met het oogmerk te schaden (Crofter Hand Woven Harris tweed Co. v. Veitch (1942) A.C. 435 J.L.) of discriminerend is tegenover aandeelhouders van eenzelfde categorie (cfr. supra) en beslissend - niet of de rechtbank van oordeel is of een handeling een geoorloofd doel heeft, maar of het aangetoond kan worden dat zij die de handeling stelden van oordeel waren dat zulks niet het geval was (zie Shuttleworth v. Cox Bros. Co. (1927) K.B. 9 C.A. en vnl. p. 19, 22 e.v. en 26).

(2) Zie GOWER, o.c., p. 504 e.v. en T. HADDEN, o.c., p. 87. Gower voegt hier nog aan toe dat een aandeelhouder wellicht altijd kan vorderen wanneer dit de enige mogelijkheid is om een vordering in te stellen (o.c., p. 585). Hij wijst erop dat werd aangevoerd dat men volgens sommigen kan weten of een vordering open staat, door na te gaan of de betwiste handeling al dan niet door de algemene vergadering kan worden geratificeerd. Maar hij herinnert daarbij aan twee uitspraken die ook een vordering toestonden inzake handelingen waarvoor de algemene vergadering wel bevoegd was om hen te ratificeren, maar daar nog geen gelegenheid toe kreeg (Hogg v. Cramphorn Ltd. (1967) Ch. 254 en Bamford v. Bamford (1969) 2 W.L.R. 1107). PALMER's, o.c., p. 503 e.v. vermeldt als algemeen aanvaarde uitzonderingen alleen handelingen die onwettelijk of ultra vires zijn, die fraud on the minority inhouden, en beslissingen die niet met een gekwalificeerde meerderheid werden genomen. Ook hij sluit nochtans een versoepeling in de rechtspraak op dit punt niet uit, en verwijst daarbij naar Heyting v. Dupont (1964) 1 W.L.R. 843. Zie voor de basisregel die een algemeen vorderingsrecht aan individuele aandeelhouders ontzegt, de veel besproken uitspraak Foss v. Harbottle (1843) A Hare 461, o.a. besproken door: GOWER, o.c., p. 582 e.v.; T. HADDEN, o.c., p. 87 e.v.; PALMER's, o.c., p. 502 e.v.; K.W. WEDDERBURN, 'Shareholders' rights and the rule in Foss v. Harbottle', Cambr. Law Journal (1957), p. 194 e.v. en (1958), p. 93 e.v.

(1) Het moet aangetoond zijn (1) dat zij aan wie een benadelend optreden verweten wordt, de vennootschap controleren, (2) de vennootschap dient als verweerder op te treden, (3) de aanlegger moet optreden als vertegenwoordiger van alle aandeelhouders behalve de verweerders, (4) de aanlegger mag zelf geen verwijt gemaakt kunnen worden, vermits de derivative action als een gunst wordt beschouwd: zie GOWER, o.c., p. 589 e.v.

normalerwijze sprake dienen te zijn van een fraud on the minority waarmee de algemene vergadering niet geldig kan instemmen (1). Maar in die gevallen is, zoals eerder vermeld, de regel uit Foss v. Harbottle niet van toepassing. Het zou nochtans niet uitgesloten zijn dat ook in andere gevallen een derivative action kan worden toegestaan (2).

455. Uit het voorgaande blijkt dat ook in een rechtsstelsel waar in sommige gevallen wel aan de minderheidsaandeelhouders een vorderingsrecht wordt toegekend om beslissingen van de vennootschapsorganen aan te vechten, op grond van de algemene rechten en plichten van aandeelhouders, deze bevoegdheid zonder uitdrukkelijke bepalingen erg moeilijk kan worden omschreven. Om de gevolgen van deze onzekerheid te beperken, werden naast deze algemene vorderingsgronden ook verschillende rechtsmiddelen ontwikkeld met een meer beperkte maar beter omschreven draagwijdte. Enkele die wellicht inspirerend kunnen werken bij een herdenken van de bescherming van minderheidsaandeelhouders zullen hier kort worden besproken.

- beslissingen die door de rechter bekrachtigd dienen te worden

in theorie

456. Het verst gaan de bepalingen die voor sommige beslissingen een bekrachtiging door de rechter vereisen. Deze bekrachtiging wordt geëist voor kapitaalverminderingen (3), emissies van effecten onder de nominale waarde (4), en compromises en arrangements (5). De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid om in deze gevallen de bekrachtiging al

(1) Zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 588 steunend o.a. op Pavlides v. Jensen (1956) Ch. 565 en Birde v. Sullivan (1957) 1 W.L.R. 1247. Zie ook PALMER's, o.c., 22nd. 1976, vol. I, p. 610.

(2) Daarbij wordt gesteund op Heyting v. Dupont (1964) 1 W.L.R. 843 C.A. en vooral p. 851 waar een dictum weergegeven wordt van Lord RUSSEL, terwijl Lord HARMAN, zoals weergegeven wordt op p. 854, eerder aanleunt bij de motivering in het arrest waartegen beroep werd aangetekend, en waarin volledig werd gesteund op Pavlides v. Jensen, zonder nochtans uit te sluiten dat in enig geval een uitzondering zou kunnen worden gemaakt op de regels uit Foss v. Harbottle en de algemeen erkende uitzonderingen op die regel. Zie voor het arrest van de Chancery Division: Heyting v. Dupont (1963) 1 W.L.R. 1192. Zie verder L.C.B. GOWER, o.c., p. 588 en PALMER's, o.c., p. 610.

(3) S. 66 Comp. Act 1948; zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 636 e.v. en PALMER's, o.c., p. 272 en 276 e.v.; G. SUETENS-BOURGEOIS, o.c., p. 121.

(4) S. 57 Comp. Act 1948; zie PALMER's, o.c., p. 193; G. SUETENS-BOURGEOIS, o.c., p. 129 e.v.

(5) .../...

dan niet toe te staan. Wel wordt aangenomen dat hij alleen rekening kan houden met de belangen van hen die later met de onderneming kunnen in contact komen of er in wens te investeren (1). Bij het beoordelen van compromises en arrangements zijn de bevoegdheden zelfs aanzienlijk ruimer: de rechter kan alle maatregelen nemen die hij incidenteel, bijkomend of complementair wenselijk acht om te verzekeren dat het plan wordt uitgevoerd, hij kan de overdracht of toewijzing van allerlei activa boeken, beslissen over het al dan niet voortzetten van gerechtelijke procedures, de ontbinding uitspreken van een vennootschap die bij het plan betrokken is, enz... (2).

457. In de praktijk acht Gower de resultaten van deze beschermingsmaatregelen nochtans weinig bevredigend. Hij verklaart dit inzake kapitaalverminderingen vooral door wat hij een al te sterke laissez-faire-houding van de rechter noemt waardoor de rechters er zich toe beperken ten hoogste na te gaan of de vormvoorschriften werden nageleefd (3). Inzake schemes en arrangements is Gower van oordeel dat de rechters daarentegen wel trachten de voorgestelde plannen zo nauwkeurig mogelijk te bestuderen, en daarbij aan de onderneming de bewijslast opleggen om de 'prima facie fairness' van het plan aan te tonen. Dat de resultaten volgens hem toch teleurstellend blijven wijt hij aan het feit dat de procedure voor het High Court het hof niet toelaat voldoende diepgaand het plan en de betrokken ondernemingen door te lichten. Het

(5) S. 205 e.v. Comp. Act 1948. Zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 619 e.v. en 639 e.v.; PALMER's, o.c., p. 695 e.v.; O.G. RICE, 'Protection of minorities against oppression under S. 206 Comp. Act 1948', M.L.R. 21 (1958), 623 e.v.; G. SUETENS-BOURGEOIS, o.c., p. 121 e.v. Compromises en arrangements zijn globale overeenkomsten met schuldeisers, een groep schuldeisers of aandeelhouders, waartoe naast de bekrachtiging door de rechtbank ook de instemming van ten minste drie vierden van de leden van de betrokken groep(en) aandeelhouders of schuldeisers vereist is.

(1) Zie Westburn Sugar Refineries Ltd., Exp. (1951) A.C., p. 635 J.L. O.m. werd niet aanvaard dat de bekrachtiging geweldig werd omdat de reorganisatie een belastingverwijding begreep. Zie ook L.C.B. GOWER, o.c., p. 638.

(2) Zie S. 208 Comp. Act 1948; PALMER's, o.c., p. 706.

(3) Zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 636 e.v. waar verwezen wordt naar de dissenting opinion van Lord Cooper in Scottish Insurance Corpn. v. Wilsons and Clyde Coal Co. (1948) S.C., p. 375 e.v.; en verder op p. 640 en 645.

Hof is daarom goeddeels verplicht te steunen op gegevens die de betrokkenen zelf wensen mee te delen, en beperkt zich daarom veelal tot een marginaal toetsen van de voorgelegde transacties (1).

- beslissingen waartegen een beroep bij de rechter open staat

458. Naast de gevallen waarin een bekrachtiging door de hoven vereist is, beschikken de minderheidsaandeelhouders in een aantal andere gevallen over de mogelijkheid om zich tot de rechter te wenden om zich tegen sommige beslissingen te verzetten. De houders van ten minste 15 procent van de betrokken effectengroep kunnen binnen de 21 dagen beslissingen aanvechten waarbij de rechten van de houders van die effectengroep worden gewijzigd (2). De houders van tenminste 15 procent van het kapitaal of een groep aandelen of sommige andere effecten, die zich tegen een wijziging van het vennootschapsdoel hebben verzet, kunnen zich eveneens tot de rechter wenden binnen de 21 dagen, wanneer zij van oordeel zijn dat wettelijke of statutaire bepalingen werden geschonden, of de wijzigingen hun belangen of de overige doelstellingen van de vennootschap schaadt. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid om de wijziging geheel of gedeeltelijk te bekrachtigen, te weigeren of te wijzigen (3). Gower is van oordeel dat deze bescherming even weinig bevredigend werkt als het opleggen van een bekrachtiging door de rechter (4). Toch kan het voorzien van een beroep op de rechter vrijwel dezelfde bescherming bieden voor de rechtstreeks betrokken partijen als het eisen van een rechterlijke bekrachtiging of een administratieve verklaring van geen bezwaar zoals in Nederland, is voorzien (5), zonder dezelfde administratieve belasting te veroorzaken.

- de vordering tot ontbinding

459. Een vrij drastisch rechtsmiddel is georganiseerd in S. 222 Comp. Act 1948 waarin aan de rechter de bevoegdheid wordt gegeven om een vennootschap te ontbinden wanneer het Hof meent dat zulks rechtvaardig en billijk (just and equitable) is (6).

(1) Zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 640 en 645 e.v., waar o.m. gesteund wordt op Re English, Scottish and Australian Chartered Bank (1893) 3 Ch. 385 C.A., vnl. op p. 409.

(2) Zie S. 72 Comp. Act 1948; L.C.B. GOWER, o.c., p. 642; PALMER's, o.c., p. 287 e.v.

(3) S. 5 Comp. Act 1948; L.C.B. GOWER, o.c., p. 99; PALMER's, o.c., p. 87 e.v.

(4) L.C.B. GOWER, o.c., p. 642.

(5) Zie voetnoot onder nr. 444.

(6) Zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 596 e.v.; PALMER's, o.c., p. 737 e.v.

Zowel aandeelhouders als schuldeisers kunnen de rechter hierom verzoeken. Het hoeft niet te verwonderen dat het Hof ook dit rechtsmiddel met grote terughoudendheid hanteert.

- de alternative remedy

460. Bijzonder belangwekkend is de zgn. alternative remedy georganiseerd in S. 210 Comp. Act 1948. Op grond van deze bepaling kunnen alle aandeelhouders die menen dat het beleid van de vennootschap hen onderdrukt in hun rechten als aandeelhouders, en de Board of Trade indien zij na een onderzoek van oordeel is dat de meerderheid haar rechten misbruikt, zich tot de rechter wenden. Wanneer de rechter oordeelt dat deze klachten gegrond zijn en de onderdrukking voldoende ernstig is om naar recht en billijkheid de ontbinding van de vennootschap te verantwoorden, maar dat ook een ontbinding de rechten van de minderheid schaden zou, dan kan hij alle maatregelen nemen die hij geschikt acht om een einde te stellen aan de aangevochten handelwijze. De rechter kan daartoe zowel maatregelen treffen inzake het toekomstig beleid van de onderneming als inzake het uitkopen van de benadeelden (1). Aanvankelijk leek het dat de rechtspraak dit rechtsmiddel vrij soepel zou interpreteren (2), maar geleidelijk werden ook de bepalingen van S. 210 erg strikt geïnterpreteerd (3). Vooral omdat geen genoegen wordt genomen met de vereisten voor het ontbinden van een vennootschap, maar het begrip 'oppression qua member' strak wordt geïnterpreteerd (4), kan de vraag

(1) Zie voor een analyse van deze bepaling L.C.B. GOWER, o.c., p. 598 e.v.; T. HADDEN, o.c., p. 253 e.v.; PALMER's, o.c., p. 511 e.v.; D. PRENTICE, 'The protection of minority shareholders, S. 210 Comp. Act 1948', C.L.P. XXV (1972), p. 125 e.v.

(2) Zie bijv. Scottish co-operative Wholesale Society v. Meyer (1959) A.C. 324. Re H.R. Harmer Ltd. (1959) 1 W.L.R., 62, besproken door K.W. WEDDERBURN, 'Company Law, oppression of minority' in resp. Cambr. L.J. 16 (1958), p. 152 e.v., en Cambr.L.J. 17 (1959), p. 37.

(3) Zie bijv. voor het aantasten van de rechten van de aandeelhouders als aandeelhouders, en dus niet als beheerder (Re Lundie Brothers Ltd. (1965) 1 W.L.R. 1051), noch als vertegenwoordiger van een aandeelhouder (Re Meyer Douglas Pty Ltd. (1965) V.R., 638; zie nochtans Re Jermyn Turkish Baths Ltd. (1970) 1 W.L.R., 1194, besproken door L.S. SEALY, 'Company law-oppression of shareholders-dormientibus non vigilantibus', Cambr. L.J. (1970), p. 215 e.v. maar later her vormd, zie (1971) 3 All.E.R. 184). Zie voor een grondige bespreking L.C.B. GOWER, l.c.; T. HADDEN, l.c.; D. PRENTICE, l.c.

(4) Zie bijv. Re Lundie Brothers Ltd. (1965) 1 W.L.R. 1051. Zie ook Re Five Minute Car Wash Service Ltd. (1966) 1 W.L.R. 745, besproken bij L.C.B. GOWER, o.c., p. 602.

worden gesteld of S. 210 zoals het nu wordt toegepast wel meer dan een alternative remedy in de strikte betekenis van die term biedt, vermits in de gevallen waar een beroep op S. 210 open staat, haast altijd een beroep kan worden gedaan op S. 222 en op de fraud on the minority doctrine (1). Er werden dan ook voorstellen geformuleerd om de tekst van S. 210 zo te wijzigen dat verwacht mag worden dat ze een ruimere toepassing zal vinden. Hiertoe werd met name voorgesteld niet langer te eisen dat het misbruik een ontbinding moet kunnen rechtvaardigen, duidelijk te stellen dat niet alleen een continu beleid, maar ook op zichzelf staande handelingen aanleiding kunnen geven tot toepassing van S. 210 (2), het rechtsmiddel niet alleen bij oppression, maar ook bij unfaire benadeling (3) toepasselijk te maken, en het toepassingsgebied ratione personae soepel te formuleren om ook voor vertegenwoordigers, trustees en anderen een beroep op de bepaling mogelijk te maken (4). Hieruit blijkt opnieuw het belang van een duidelijke omschrijving van de opdracht van de rechter, omdat de teleurstellende resultaten van de toepassing van S. 210 vooral worden geweten aan de zeer grote terughoudendheid van de rechters bij het beoordelen van het beleid van een onderneming, hun daarvoor erg juridisch-technische benadering en misschien overdreven ontzag voor beslissingen van de meerderheid (5). Toch kan de toepassing van dit artikel geen volledige mislukking worden genoemd. Er blijkt uit het beschikbare feitenmateriaal ondermeer dat het voorzien van een

(1) T. HADDEN, o.c., p. 258 maakt hierbij evenwel voorbehoud voor een controle op het naleven van procedureregels die wel gemakkelijker zouden worden gesanctioneerd op grond van S. 210, maar steunt daarbij op de eerder geciteerde oudere uitspraak in de zaak H.R. Harmer Ltd.

(2) Zie over de moeilijkheden op dit punt T. HADDEN, o.c., p. 259, verwijzend naar Re Westbourne Galleries Ltd. (1970) 1 W.L.R. 1378, hervormd (1971) Ch. 799 en terug bevestigd (1972) 2 W.L.R. 1289.

(3) Unfair prejudicial (...)

(4) Zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 603 en T. HADDEN, o.c., p. 261 e.v., waar vooral verwezen wordt naar het rapport van het JENKINS Committee, H.M.S.O., Cambridge 1749, § 200-212.

(5) Zie T. HADDEN, o.c., p. 260 en D. PRENTICE, l.c., p. 145 e.v.

procedure in heel wat gevallen al volstaat om een overeenkomst tussen de partijen te helpen bereiken (1).

- het enquêterecht

461. Tenslotte kan worden vermeld dat in Engeland ook het enquêterecht sterk verschillend is georganiseerd, door een openbare dienst, the Board of Trade, ermee te belasten de situatie van een onderneming op verzoek van belanghebbenden of op eigen initiatief te onderzoeken. De Board of Trade kan op de eerste plaats op elk ogenblik dat zulks nuttig voorkomt, een onderneming verzoeken de boekhouding en andere stukken voor te leggen en toe te lichten (2). De Board of Trade kan

(1) Zie hiervoor J. RAJAK, 'The oppression of minority shareholders', M.L.R., 35 (1972), p. 168, waar hij de volgende gegevens vermeldt:

jaar	ingediende verzoekschriften	gevallen waarin maatregelen wer- den opgelegd	gevallen waarin overeenstemming werd bereikt	afgewezen verzoeken	ingetrokken verzoekschriften
1948	1		1		
1949	10	2	5	1	2
1950	5	1	3	1	
1951	3		2	1	
1952	9	1	5	2	1
1953	7		6	1	
1954	4		3		1
1955	4	1	2		1
1956	3		2	1	
1957	4		3	1	
1958	3		2	1	
1959	5		3	1	1
1960	7		6	1	
1961	6		6		
1962	10		9	1	
1963	5		4		1
1964	10		8	1	1
1965	8		5	2	1
1966	4		2	1	1
1967	5	1	3	1	
1968	9	1	6		2
1969		1	4	2	

(2) S. 109 e.v. Comp. Act 1967; zie hierover verder L.C.B. GOWER, o.c., p. 605 e.v. en PALMER's, o.c., p. 678 e.v.

ook een inspecteur aanstellen om de situatie van een onderneming te onderzoeken. Zij is daartoe verplicht wanneer de onderneming er zelf om verzoekt, of wanneer de rechter er toe b slist. De Board of Trade kan ertoe beslissen wanneer ten minste tweehonderd aandeelhouders of een aandeelhouder die ten minste tien procent van de uitgegeven aandelen bezit, er om verzoeken. De Board of Trade kan zelf het initiatief nemen tot een onderzoek wanneer zij van oordeel is dat de onderneming onwettig of bedrieglijk was of van aard een groep van de aandeelhouders te onderdrukken in de zin van S. 210 Comp. Act 1948, of dat de vennootschap met een bedrieglijk of onwettig doel werd opgericht, dat de beheerders of aangestelden hun verplichtingen tegenover de aandeelhouders niet nakwamen, of dat de aandeelhouders niet de informatie ontvingen die zij redelijkerwijze konden verwachten. De Board of Trade heeft in die gevallen in principe een discretionaire bevoegdheid om al dan niet een inspecteur aan te stellen. Maar, wanneer de vennootschap bepaalde publiciteitsvoorschriften niet naleeft, kan elke aandeelhouder zich op grond van art. 165 Comp. Act 1948 tot de rechter wenden om een inspecteur aan te stellen. De inspecteurs kunnen alle maatregelen treffen die zij nuttig oordelen om de gewenste gegevens te verkrijgen, en alle organen en aangestelden van de onderneming, in haar moeder- of dochtermaatschappijen kunnen zich schuldig maken aan contempt of court wanneer zij hun medewerking weigeren. De inspecteur brengt verslag uit aan de Board of Trade, de onderneming en de instanties die het initiatief namen tot het onderzoek. De Board of Trade kan beslissen het rapport te publiceren. Zij kan ook, in naam van de vennootschap alle procedures voeren die zij nuttig acht, de ontbinding van de vennootschap vorderen of beroep doen op S. 210 Comp. Act 1948 (1). Een analoge procedure is ook voorzien om toe te laten vast te stellen wie aandeelhouder is in een vennootschap (2).

462. De appreciaties van het optreden van de Board of Trade lopen nogal uiteen. Gower noemt het een interessant initiatief dat de bezwaren kan helpen overwinnen die tot op heden hebben belet dat andere rechtsmiddelen de gewenste bescherming bieden. Hij vermeldt daarbij vooral de kosten die een beroep op de eerder besproken rechtsmiddelen kan veroorzaken. Wel wijst hij er op dat de Board of Trade ruimer gebruikt maakt van haar bevoegdheden om inzage te krijgen van documenten, dan van de bevoegdheid om een inspecteur aan te stellen, deels omdat de publiciteit die zulks veroorzaakt de

(1) Zie S. 164 e.v. Comp. Act 1948 besproken door L.C.B. GOWER, o.c., p. 606 e.v. en PALMER's, o.c., p. 681 e.v.

(2) Zie S. 172 e.v. Comp. Act 1948; PALMER's, o.c., p. 687 e.v.

betrokken onderneming gemakkelijk kan schaden. Ook ziet hij in deze administratieve procedures eerder een oplossing voor de rechtsbeschermingsproblemen in public companies dan in private companies (1). Hadden klinkt sceptischer en betwijfelt vooral of deze procedure tegemoet kan komen aan de problemen in private companies. Hij vreest de vertraging en de bureaucratische verwickelingen waartoe een verruimd beroep op administratieve diensten kan leiden, en wijst erop dat ook een beroep op de Board of Trade kosten kan veroorzaken voor de partijen. Wel vermeldt hij het argument van de Board of Trade dat zij vooral als bemiddelingsprocedure, of als aanleiding om tot een akkoord tussen de partijen te komen, bijdraagt tot de rechtsbescherling (2).

463. Tenslotte moet worden vermeld dat in sommige gevallen een rechtsbeschermingsprobleem wordt opgelost of afgezwakt door hen die zich niet verenigen kunnen met een bepaalde oplossing, de gelegenheid te bieden om de vennootschap tegen billijke voorwaarden te verlaten. Zo kan elke aandeel-

(1) Zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 604 e.v. en 614.

(2) Zie T. HADDEN, o.c., p. 275 e.v. en 331 e.v. Hadden geeft daarbij op p. 332 ook gegevens over de mate waarin op de Board of Trade beroep wordt gedaan voor het aanstellen van inspecteurs.

jaar	beroepen	aanstellen v. inspecteurs			Public companies	Private companies
		S.164 (1)	S.165 (a) (2)	S.165 (b) (3)		
1958	64	2		1	1	2
1959	67	2		1	1	2
1960	72			14	13	1
1961	81			5	3	2
1962	88	1		10	3	8
1963	90		5	2	2	5
1964	121		2	12	7	7
1965	146		2	2	3	1
1966	150	1		13	3	11
1967	240			18	12	6
1968	338	1	1	14		16
1969	390			26	3	23
1970	490			15	3	12

(1) S.164 op verzoek van aandeelhouders

(2) S.165(a) op initiatief v.d. vennootschappen of de rechter

(3) S.165(b) op initiatief van de Board of Trade zelf.

Bron: Parlementair antwoord 26 juli 1971.

Bij het vergelijken van deze gegevens met de gegevens die Rajak publiceert over het beroep op S. 210 valt op dat het aantal aanhangig gemaakte dossiers inderdaad veel hoger ligt, en dat de procedure vooral leidt tot het aanstellen van een inspecteur .../...

houder die zich verzette tegen een scheme of reconstruction and amalgamation, zijn verzet aan de vereffenaar kenbaar maken, en hem verzoeken het besluit niet uit te voeren of zijn aandelen over te nemen. De prijs van de aandelen wordt dan bij arbitrage bepaald (1).

b) het Franse recht

464. In Frankrijk kent de rechtspraak in uitzonderlijke gevallen een met een actio societatis vergelijkbare vordering toe aan de minderheidsaandeelhouders. In uitzonderlijke gevallen, waarin de meerderheid door misbruik van haar rechten een normaal functioneren van de vennootschap belet en de vennootschap ernstig schaadt, kan zij om de aanstelling van tijdelijke gerechtelijke zaakvoerders verzoeken of klacht indienen wegens misbruik van het vennootschapsvermogen (2). Eerder ontwikkelde de rechtspraak, en vooral de rechtsleer voor het vernietigen van beslissingen van de algemene vergadering, moeizaam een doctrine inzake misbruik van de meerderheid, die aansluit bij de begrippen misbruik van recht en bevoegdheidsafwending (3). Deze ontwikkeling lijkt vrijwel geheel gestuit door de rechtspraak inzake het aanstellen van een deskundige of een (tijdelijke) gerechtelijke zaakvoerder.

c) het Italiaanse recht

465. Het Italiaanse recht voorziet ook buiten de verder te behandelen concernrechtelijke bepalingen, een recht van terugtrekking bij wijziging van het maatschappelijk doel, van de rechtsvorm van de betrokken onderneming, en bij het overbrengen van de zetel van de vennootschap naar het buitenland (4).

(2) ./. in die gevallen waarin de administratie op eigen initiatief optrad. De gegevens laten evenwel niet toe te besluiten of in andere gevallen het beroep op de Board of Trade aanleiding gaf tot een bemiddeling of compromis.

(1) Zie L.C.B. GOWER, o.c., p. 635 en PALMER's, o.c., p. 708 e.v., en voor een overzicht van rechtsmiddelen verder p. 516.

(2) Zie voor het aanstellen van zaakvoerders o.a. de FREUHAUF uitspraak, Paris 12 mai 1965, D. 1968, 147, met noot van CONTIN; idem, R.T.D.C. 1965, 619, met noot van RODIERE en p. 631, met noot van HOUIN. Zie verder R. RODIERE, Droit Commercial, groupements commerciaux, 7ème éd., Paris 1971, p. 53, nr. 42.

(3) Zie voor een uitvoerige analyse: P. COPPENS, Abus de majorité, p. 49 e.v. en vnl. p. 73 e.v.

(4) Zie hierover verder: G. SUETENS-BOURGEOIS, o.c., p. 341 e.v., nrs. 551 e.v. en P. COPPENS, Abus de majorité, p. 29 e.v.

C. Concernrechtelijke bepalingen

466. Zoals eerder opgemerkt (1), stelt vooral in concern-verhoudingen de bescherming van minderheidsaandeelhouders bijzondere problemen. Met concern- of groepsverhoudingen worden hier de verhoudingen aangeduid tussen onderling geassocieerde of afhankelijke ondernemingen. Vermits de bescherming die concernrechtelijke bepalingen bieden, uiteraard afhankelijk is van hun toepassingsgebied, wordt eerst stil gestaan bij het in enkele rechtssystemen gehanteerde concernbegrip. Bij de daarna behandelde bepalingen wordt vooral aandacht geschonken aan regels die minderheidsaandeelhouders beschermen tijdens het bestaan en werken van een concern. Bepalingen die minderheidsaandeelhouders vooral bij het tot stand komen van een concern beschermen, worden alleen besproken in zoverre zij ook daarna de concernverhoudingen blijven beheersen.

- 1) de begrippen concern, geassocieerde- of afhankelijke onderneming

- a) in het Belgisch recht

467. Het Belgisch vennootschapsrecht biedt op dit ogenblik nog geen omschrijving van deze begrippen, en voorziet trouwens nog geen bijzondere bepalingen voor het regelen van concernverhoudingen. Wel heeft de Koning zoals eerder besproken (2) door art. 11 W. 17 juli 1975 de bevoegdheid gekregen om de ondernemingen te verplichten tot het opstellen van geconsolideerde jaarrekeningen. Dit veronderstelt het definiëren van de relaties tussen ondernemingen die daartoe aanleiding geven. De Koning heeft tot op heden geen uitvoeringsbesluiten op grond van dit artikel genomen. In het uitvoeringsbesluit op de jaarrekeningen wordt nochtans al gevraagd bepaalde in-

(1) Zie nr. 429.

(2) Zie nr. 173.

lichtingen te verstrekken over verbonden ondernemingen en ondernemingen waarmee een participatieverhouding bestaat. Daarbij worden de volgende definities gegeven (1):

- verbonden ondernemingen:

- a) de filialen en sub-filialen van de onderneming;
- b) de natuurlijke en rechtspersonen ten opzichte waarvan de onderneming, bij weten van haar beleidsorgaan, filiale of sub-filiale is;
- c) de vennootschappen die, bij weten van het beleidsorgaan van de onderneming, filiale of sub-filiale zijn van de personen bedoeld in littera b.

Voor de ondernemingen die geen rechtspersoonlijkheid hebben, te weten de handelaar-natuurlijke persoon of de Belgische vestiging van een onderneming naar buitenlands recht, worden de natuurlijke persoon-handelaar of de onderneming naar buitenlands recht met de personen bedoeld in b gelijkgesteld. Voor de ondernemingen opgericht in de vorm van personenvennootschappen, worden de onbeperkt aansprakelijke vennoten met de in b bedoelde personen gelijkgesteld.

- filialen en sub-filialen:

Als filiale of sub-filiale van een onderneming wordt beschouwd elke andere onderneming waarin de eerstgenoemde in rechte of in feite, een doorslaggevende invloed kan uitoefenen op de benoeming van tenminste de helft van haar leiders of op de oriëntering van haar beleid, en zulks krachtens overeenkomsten of uit hoofde van participaties, in de laatstgenoemde rechtstreeks door de eerstgenoemde aangehouden of onrechtstreeks via haar filialen of sub-filialen.

Indien deze participaties tenminste de helft van het kapitaal van deze andere onderneming vertegenwoordigen of indien de eraan verbonden stemrechten tenminste de helft vertegenwoordigen van de stemrechten verbonden aan de gezamenlijk door deze laatste uitgegeven

(1) Zie nr. 173, IV A van Hoofdst. II van de bijlage bij het K.B. 8 oktober 1976 (Staatsbl., 19 oktober 1976, p. 13495).

aandelen en deelbewijzen, wordt deze andere onderneming onweerlegbaar geacht een filiale of een sub-filiale van de eerstgenoemde te zijn.

Indien het aantal van de aan deze participaties verbonden stemrechten tenminste de helft vertegenwoordigt van het aantal stemmen dat op de jongste algemene vergadering van deze andere onderneming aanwezig of vertegenwoordigd was, wordt deze laatste tot bewijs van het tegendeel dat in de toelichting dient te worden vermeld, geacht een filiale of een sub-filiale van de eerstgenoemde te zijn.

- andere ondernemingen waarmee een participatie-verhouding bestaat:

de ondernemingen, welke geen verbonden ondernemingen zijn:

- 1° waarin de onderneming rechtstreeks dan wel haar filialen of sub-filialen een participatie aanhouden;
- 2° die, bij weten van het beleidsorgaan van de onderneming, rechtstreeks of waarvan de filialen of sub-filialen een participatie in het kapitaal van de onderneming aanhouden;
- 3° die, bij weten van het beleidsorgaan van de onderneming, filiale of sub-filiale zijn van de ondernemingen bedoeld in 1°.

Als participaties worden beschouwd de maatschappelijke rechten die in andere vennootschappen worden aangehouden om met deze laatste een duurzame band te scheppen, wanneer de bezitter medezeggenschap verkrijgt in die andere vennootschappen.

Behoudens bewijs van het tegendeel, wordt als participatie beschouwd:

- 1° het bezit van maatschappelijke rechten die 10% van het kapitaal, van het maatschappelijk fonds, of van een categorie aandelen vertegenwoordigen;
- 2° het bezit van een pakket dat minder dan 10% vertegenwoordigt

a. wanneer ze samen met de maatschappelijke rechten in dezelfde vennootschap die door de filialen en sub-filialen van de onderneming-aandeelhouder worden aangehouden, 10 procent bedragen van het kapitaal, het

maatschappelijk fonds of een categorie aandelen in die vennootschap;

b. wanneer de daden van beschikking over de aandelen of deelbewijzen of de uitoefening van de daaraan verbonden rechten, onderworpen zijn aan overeenkomsten of aan eenzijdige verbintenissen die de vennootschap-aandeelhouder heeft aangegaan (1).

468. Het begrip werd ook onrechtstreeks benaderd door de Bankcommissie bij het gebruiken van de term filiale en het behandelen van controleparticipatie. De term filiale wordt niet altijd gedefiniëerd (2). Controleparticipaties worden vooral naar hun resultaat omschreven als participaties van de meerderheidsaandeelhouders of participaties die de controle verzekeren over de algemene vergadering en het beleid van de maatschappelijke zaken (3). Bovendien heeft de commissie gegevens op de problemen rond andere overeenkomsten waardoor een vennootschap zich afhankelijk maakt van een andere (4).

469. Ook het fiscaal recht verbindt soms gevolgen aan de onderlinge afhankelijkheid van verschillende ondernemingen. Zo zijn volgens art. 24 W.I.B. alle "abnormale en goedgunstige voordelen" belastbaar die door een onderneming in België toegestaan worden aan een buitenlandse onderneming waarmee zij zich rechtstreeks of onrechtstreeks in een band van wederzijdse afhankelijkheid bevindt. Een omschrijving van de vereiste

(1) Zie verder ook de bespreking van de Europese voorstellen, waarbij vastgesteld kan worden dat de omschrijving van het begrip 'verbonden onderneming' correspondeert met het begrip 'afhankelijke onderneming' in de Europese voorstellen, en het begrip 'onderneming waarmee een participatieverhouding bestaat', minder gedetailleerd omschreven werd als de definitie van een geassocieerde onderneming in de Europese voorstellen. Zie ook nr. 173 voor een vergelijking van deze definities.

(2) Zie o.a. Jaarverslag Bankcommissie, 1967, p. 167.

(3) Zie Jaarverslag Bankcommissie, 1965, p. 106; idem, 1969-70, p. 168 e.v.

(4) Zie Jaarverslag Bankcommissie, 1973-74, p. 187 e.v.

mate van afhankelijkheid werd nochtans nooit gegeven (1), waardoor de feitenrechter de bevoegdheid heeft om in elk geval het bestaan van een voldoende band van afhankelijkheid wegens participaties, produktieplannen, know-how, enz... te onderzoeken (2).

470. In het voorontwerp voor een hervorming van het vennootschapsrecht wordt het opnemen van een definitie van dominerende en afhankelijke ondernemingen in het vennootschapsrecht zelf overwogen, die vergelijkbaar zou zijn met de definitie van verbonden ondernemingen in het K.B. 8 oktober 1976. Er zou uitgegaan worden van het resultaat: een vennootschap is een afhankelijke-, of dochteronderneming, wanneer een andere vennootschap, de dominerende, in rechte of in feite de macht heeft om over het vermogen van de vennootschap te beschikken of haar bedrijvigheid te leiden (3). Wanneer aan een aantal voorwaarden is voldaan, wordt een vennootschap vermoed een dochtermaatschappij van een dominerende onderneming te zijn:

- wanneer een vennootschap zelf, of door andere ondernemingen of tussenpersonen over de helft van de stemmen beschikt die zijn verbonden aan de uitgegeven aandelen;
- of wanneer een vennootschap rechtstreeks, of door andere dochterondernemingen of tussenpersonen eigenaar is van de aandelen die meer dan de helft van het maatschappelijk vermogen uitmaken;
- of nog, wanneer een vennootschap gemachtigd is om de meerderheid van de leden te benoemen van het orgaan dat belast is met het bestuur en de vertegenwoordiging.

Dochtermaatschappijen van dochtermaatschappijen zouden daarbij als dochtermaatschappijen van de eerste dominerende onderneming worden beschouwd. Het is nog niet duidelijk in hoeverre deze vermoedens al dan niet weerlegbaar zullen zijn.

471. De afhankelijkheidsverhouding in een concern bestaat evenwel niet noodzakelijk tussen een dominerende en een afhankelijke onderneming. Ondernemingen kunnen ook wegens gekruiste participaties onderling afhankelijk zijn. Dit

(1) Zie Comm. W.I.B. 24/4; P. SIBILLE, 'Les relations d'affaires internationales et l'application de l'art. 24 C.I.R.', Rép. Fisc. 1973, p. 261 e.v., nr. 10 e.v.; B. VERSTRAETE, La réforme du code des impôts sur les revenus, Brussel 1974, p. 105 e.v.

(2) Zie over het concernrecht in België verder: W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 40 e.v. en p. 65 e.v. Het daar besproken K.B. nr. 64 van 10 november 1967 over de portefeuillemaatschappijen, hoeft hier niet besproken te worden. Het regelt het statuut van maatschappijen waarvan de bedrijvigheid vooral bestaat in het aanhouden van participaties in andere ondernemingen, ongeacht de belangrijkheid van de participaties.

(3) Zie art. 36 van het voorontwerp.

probleem stelt het voorontwerp voor op te lossen door gekruiste participaties te verbieden (1). Deze regel verrast enigszins door haar radikaal karakter, vooral in een industrieel systeem waar gekruiste participaties, driehoeksverhoudingen en andere niet zuiver piramidale ondernemingsgroepen niet ongebruikelijk zijn (2). Een dergelijke bepaling zou nochtans volledig aansluiten bij een constante houding van de Bankcommissie (3).

b) het communautair recht

472. De Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft zowel in het voorstel van een verordening betreffende het statuut voor Europese naamloze vennootschappen, als in het ontwerp voor een 7° richtlijn betreffende de concernjaarrekening (4) een definitie voorgesteld van afhankelijke en dominerende ondernemingen. Daarbij wordt telkens uitgegaan van het resultaat: een onderneming is respectievelijk een dominerende of een afhankelijke onderneming wanneer zij rechtstreeks of onrechtstreeks een dominerende invloed op een andere onderneming kan uitoefenen, respectievelijk op haar door een andere onderneming uitgeoefend wordt (5). Een onderneming wordt vermoed een afhankelijke onderneming te zijn wanneer een andere onderneming al dan niet rechtstreeks over meer dan de helft van de stemrechten in die onderneming beschikt, meer dan de helft van de leden van het bestuurs- of

(1) Zie art. 37 van het voorontwerp.

(2) Zie o.a. C.R.I.S.P., Morphologie des groupes financiers, Brussel, 1966.

(3) Zie bijv. Jaarverslag Bankcommissie 1966, p. 136 e.v. waar weliswaar het aankopen van aandelen in een dominerende onderneming door een dochteronderneming wordt bestudeerd. Zie verder P. VAN OMMESLAGHE, 'Les groupes de sociétés', R.P.S. 1965, p. 241 e.v. en vnl. p. 246 e.v.

(4) Zie resp. Suppl. Bull. E.G. 4/75 en 9/76.

(5) Zie art. 6, 1° lid ontwerp S.E., en art. 2, 1° lid ontwerp 7° richtlijn.

toezichthoudend orgaan in die onderneming kan benoemen, of met een meerderheid in het kapitaal van die andere onderneming deelneemt. Beide voorstellen verschillen omdat het vermoeden volgens het ontwerp S.E. bij de eerste twee indices (over meer dan de helft van de stemrechten kunnen beschikken, en meer dan de helft van de leden van het orgaan van bestuur of toezicht kunnen benoemen) onweerlegbaar is, terwijl het ontwerp 7° richtlijn over een gewoon vermoeden spreekt (1). Tot de deelneming van een dominerende onderneming worden ook de aandelen gerekend die een van die onderneming afhankelijke onderneming bezit, en de aandelen die in handen zijn van een andere persoon die voor rekening van de dominerende of een van de dominerende onderneming afhankelijke onderneming handelt (2).

473. Daarnaast definiëert het ontwerp 7° richtlijn ook de geassocieerde onderneming als een onderneming waarop rechtstreeks of onrechtstreeks door een andere onderneming een aanmerkelijke invloed wordt uitgeoefend. Een onderneming wordt vermoed met een andere onderneming geassocieerd te zijn, wanneer deze laatste, rechtstreeks of onrechtstreeks, ten minste 20% van het kapitaal van de eerste bezit, of over ten minste 20% van de stemrechten beschikt die verbonden zijn aan de door de eerste onderneming uitgegeven aandelen. Voor onrechtstreeks uitgeoefende invloed wordt dezelfde constructie gebruikt die voorzien wordt in de omschrijving van afhankelijke ondernemingen (3).

474. Het Europese concernbegrip betreft dus inzake de afhankelijke en dominerende ondernemingen alleen verticale of piramidale concerns. Rechtstreeks of onrechtstreeks gekruiste participaties worden er niet als zodanig door geregeld.

(1) Zie art. 6, 2° en 3° lid ontwerp S.E. en art. 2, 2° lid ontwerp 7° richtlijn.

(2) Zie art. 6, 4° lid ontwerp S.E. en art. 2, 3° lid ontwerp 7° richtlijn.

(3) Zie art. 1 ontwerp 7° richtlijn.

Langs het begrip geassocieerde onderneming is het wel mogelijk om ook andere concentratie technieken aan een meer beperkte reglementering te onderwerpen.

c) andere internationaalrechtelijke teksten en gedragscodes

475. De gedragscode voor multinationale ondernemingen van de O.E.S.O. (1) geeft geen sluitende juridische begripsomschrijving van een multinationale onderneming, en acht dit ook niet strikt nodig. De richtlijnen zijn gericht tot maatschappijen of vestigingen in particuliere eigendom, staatseigendom of gemengde eigendom, die zich in verschillende landen bevinden, en zodanig onderling verbonden zijn dat een of meer daarvan een belangrijke invloed kan of kunnen uitoefenen op de activiteiten van de anderen, en in het bijzonder kennis en middelen met hen kan delen.

d) het recht van sommige E.G. lid-Staten

- het recht van de Duitse Bondsrepubliek

476. Het sterkst in het vennootschapsrecht zelf uitgebouwde concernrecht kent de Duitse Bondsrepubliek (2). Het daar gehanteerde concernbegrip is evenwel sterk verschillend van dat in andere rechtsstelsels. Om vast te stellen of er een concernverhouding bestaat wordt niet, al dan niet aan de hand van vermoedens, nagegaan of een onderneming afhankelijk is van een andere onderneming, of een andere onderneming domineert, zoals gebruikelijk is in een zgn. organisch concernrecht. Het concernbegrip is integendeel contractueel: men onderzoekt of tussen ondernemingen overeenkomsten worden gesloten waaruit volgens het vennootschapsrecht een concern ontstaat. Dit heeft als belangrijk nadeel dat ondernemingen dus zelf in veel gevallen kunnen bepalen of het concernrecht al dan niet op hen van toepassing zal zijn. De

(1) Richtlijnen voor multinationale ondernemingen, bijlage bij de verklaring van 11 juni 1976 van de regeringen van de lid-Staten van de O.E.S.O. inzake internationale investeringen en multinationale ondernemingen, nr. 8 (inleiding). Zie O.E.S.O.-Verklaring inzake internationale investeringen en multinationale ondernemingen, p. 10.

(2) Zie Aktg. § 291-361.

Arb. voorziet hiertoe de volgende contracten: het Beherrschungsvertrag (1), het Gewinnabführungsvertrag (2), de Eingliederung (3), de Verschmelzung (4) en de Vermögensübertragung (5). Deze regeling treft alleen verticaal of piramidaal opgebouwde groepen, al wordt in een ontwerp een wijziging op dit punt overwogen (6).

- het Engels recht

477. De Engelse omschrijving van een holding company en een subsidiary (7) beschouwt een onderneming alleen als een subsidiary wanneer een andere onderneming ofwel de samenstelling van de board of directors controleert en vennoot is in de onderneming, ofwel meer dan de helft van het aandelenkapitaal volgens de nominale waarde ervan bezit, en dit telkens rechtstreeks of via andere ondernemingen waarvan die andere onderneming een subsidiary is. De regeling bepaalt verder uitdrukkelijker wanneer een onderneming geacht kan worden de samenstelling van de board of directors van een andere onderneming te controleren. Een holding company is elke onderneming waarvan een andere onderneming een subsidiary is.

2) bescherming van aandeelhouders in concern-verhoudingen

478. Bedoeld wordt de bescherming van de minderheidsaandeelhouders in een onderneming die afhankelijk wordt van een andere onderneming of groep ondernemingen, en in mindere mate,

(1) Overeenkomst waardoor een Aktiengesellschaft of een Kommanditgesellschaft auf Aktien de leiding van een onderneming ondergeschikt maakt aan een andere onderneming; zie § 291 AktG.; C.H. BARZ e.a., Grosskommentar AktG., IV, Berlin 1972, p. 9 e.v.

(2) Overeenkomst waarbij een onderneming zich verplicht de hele winst over te dragen aan een andere onderneming; zie § 291 AktG., C.H. BARZ e.a., o.c., IV, 291.

(3) Economische fusie waarbij de betrokken ondernemingen hun rechtspersoonlijkheid behouden; zie § 319 e.v. AktG.; C.H. BARZ e.a., o.c., IV, 168 e.v.

(4) Fusie door opslorping of oprichting van een nieuwe vennootschap; AktG. § 339 e.v.; C.H. BARZ e.a., o.c., IV, 357 e.v.

(5) Overdracht zonder ontbinding van het gehele patrimonium van een onderneming: AktG. § 359 e.v.; C.H. BARZ e.a., o.c., IV, 478 e.v. Zie hierover ook: G. KEUTGEN, Le droit des groupes de sociétés dans la C.E.E., Brussel 1973, p. 38 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, R.P.S. 1965, o.a. p. 163 e.v., 171, 185 e.v. en 212 e.v.

(6) Zie P. VAN OMMESLAGHE, R.P.S. 1965, p. 247 e.v.

(7) Zie S. 154 Comp. Act 1948. Zie hierover L.C.B. GOWER, o.c., p. 196 e.v.

van de minderheidsaandeelhouders in een onderneming die een leidende rol opneemt in een groep ondernemingen. Daarbij is het in feite minder belangrijk of een concern gevormd wordt, dan wel of een onderneming in een fusie een andere opslorpt. Omdat dit onderwerp zelf voldoende stof biedt voor meerdere verhandelingen, blijft het onderzoek evenwel beperkt tot enkele regels die niet alleen de transactie zelf regelen, maar ook daarna de verhoudingen tussen de groepen aandeelhouders blijven beheersen.

a) het Belgisch recht

479. Het Belgisch economisch recht kent weinig regels die specifiek concernverhoudingen beheersen, buiten de eerder vermelde boekhoudingsbepalingen (1). Wel ontwikkelde de Bankcommissie regels of richtlijnen die nageleefd dienen te worden bij een emissie van effecten of een take-over-bid, en verduidelijkte de commissie daarbij de aard en de draagwijdte van de verplichtingen van beheerders tegenover de aandeelhouders in de vennootschappen die zij leiden (2). Dichter bij een werkelijk concernrecht komen de eerder aangehaalde fiscale bepalingen (3) en de rechtspraak over het doorbreken van de rechtspersoonlijkheid bij het uitspreken van een faillissement. Uit rechtspraak waarin een faillissement van een vennootschap werd uitgebreid tot een andere vennootschap, blijkt dat het doorbreken van rechtspersoonlijkheid niet alleen gebeurt om hen die optreden als handelaars, maar zich als beheerders of aandeelhouders van vennootschappen aan het statuut van handelaar onttrokken, failliet te kunnen verklaren: de wil om de eenheid van de onderneming, dwars doorheen de juridische opsplitsingen te kunnen treffen moet tot het geldend recht worden gerekend (4). Deze rechtspraak beoogt evenwel nog slechts alleen de bescherming van de schuldeisers van vennootschappen.

(1) Zie nr. 173.

(2) Zie o.a. nrs. 386 e.v.

(3) Zie nr. 465.

(4) Zie Rb. v. Kph. Oostende, 11 december 1969, R.P.S. 1970, p. 137; Rb. v. Kph. Brussel, 20 februari 1975, J.T. 1975, p. 401. Dat uitbreiding van faillissement niet alleen tot beheerders maar ook tot meerderheidsaandeelhouders mogelijk is, blijkt o.a. uit Rb. v. Kph. Brussel, 23 april 1975, .../...

480. In een overwogen wijziging van het vennootschapsrecht zouden wel enkele concernrechtelijke bepalingen worden opgenomen. Op de eerste plaats wordt overwogen gekruiste participaties die meer dan 10% van het kapitaal van de andere vennootschap vertegenwoordigen, te verbieden (1). Deze wel erg drastische bepaling kan zeker bijdragen tot een grotere doorzichtigheid in de concernverhoudingen. Verder voorziet het voorontwerp vooral een publiciteitsregeling en fusieregels.

b) het communautair recht

481. Het voorstel voor een derde richtlijn betreffende (...) de fusies van naamloze vennootschappen (2), stelt regels voor die bij fusies moeten worden nageleefd. Deze regels betreffen vooral de informatie van de betrokkenen, de vereiste meerderheden en de aansprakelijkheid van de organen van bestuur en toezicht van de bij de transactie betrokken ondernemingen voor fouten die zouden gemaakt worden bij de voorbereiding of het tot stand komen van een fusie.

482. In de hier besproken context dienen vooral de voorstellen in het gewijzigd voorstel voor een benadering inzake het statuut voor Europese naamloze vennootschappen (3) onderzocht te worden. Het rechtsbeschermingssysteem voor de 'vrije' aandeelhouders, dit zijn aandeelhouders in concernondernemingen die geen banden hebben met de dominerende ondernemingen, berust in dit voorstel op een aantal bepalingen die voor deze aandeelhouders de mogelijkheid waarborgen om tegen billijke voorwaarden hun aandelen over te dragen, of aandeelhouder te blijven

(4) ./.. R.P.S. 1975, p. 237 e.v. Zie verder over de uitbreiding van het faillissement: P. COPPENS, 'L'extension de la faillite au maître de la société', in Idées Nouvelles dans le droit de la faillite, Brussel 1969, p. 185 e.v. en W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 173 e.v.

(1) Zie art. 37 en ook 87 van het voorontwerp.

(2) Publ. E.G. 1970, C 89/20.

(3) Bull. E.G., Suppl. 4/75.

met garanties die hen in ieder geval inzake het rendement van hun investeringen beschermen tegen de eventueel nadelige gevolgen van de invloed van de dominerende vennootschap. Om dit te bereiken is de dominerende concernonderneming gehouden hen een uitkoopsom aan te bieden in contanten, of indien de dominerende vennootschap zulks verkiest en zelf een S.E. is of een N.V. die opgericht werd volgens het recht van de lid-Staten, in aandelen in de dominerende vennootschap (1).

Bovendien dient de dominerende vennootschap de vrije aandeelhouders de keuze te bieden tussen deze uitkoopsom en een jaarlijkse compensatie. Deze compensatie wordt vastgesteld aan de hand van de nominale waarde van de aandelen en dient ten minste de jaarlijkse betaling te garanderen van het bedrag dat volgens de tot dan bestaande rendabiliteit van de afhankelijke concernvennootschap, en rekening houdend met toekomstverwachtingen, waarschijnlijk als gemiddeld aandeel in de winst op elk aandeel zou worden uitgekeerd. Wanneer de dominerende vennootschap een S.E. is, of een N.V. die opgericht werd volgens het recht van een van de lid-Staten, mag deze compensatie ook berekend worden aan de hand van de aandelen van de dominerende vennootschap (2). Het voorstel voorziet een procedure om de uitkoopsom en deze compensatie vast te stellen, en bepaalt dat eventuele meningsverschillen tussen de organen van de afhankelijke vennootschap en de dominerende onderneming in laatste aanleg beslecht worden door de rechter van de zetel van de afhankelijke vennootschap. Tenslotte voorziet het voorstel een procedure waarbij een dominerende vennootschap die rechtstreeks of onrechtstreeks 90% van de aandelen van een vennootschap verwerft, de andere aandeelhouders kan uitkopen, of deze kunnen verzoeken uitgekocht te worden.

(1) Art. 228, 1.

(2) Art. 228, 2° lid en art. 231.

483. Dit voorstel biedt een vrij verregaande bescherming aan de minderheidsaandeelhouders in een afhankelijke onderneming zonder de besluitvormingsprocedure in deze vennootschappen ten nadele van de meerderheidsaandeelhouders te wijzigen. In dit opzicht lijkt het een verdedigbare optie om de rechtsbescherming toe te spitsen op de keuze al dan niet aandeelhouder te blijven in de concernonderneming, met een 'rendementsverzekering' om het risico te beperken van een beslissing om aandeelhouder te blijven. De prijs die het concern betaalt is evenwel hoog: de verplichting om voor een ongepaald aantal jaren het rendement van misschien belangrijke aandelenpakketten te waarborgen, kan bij een onverwacht ongunstige evolutie van het rendement van de groep een zware hypotheek leggen op de leefbaarheid van een concern. Het kan daarom worden betreurd dat geen enkele herzieningsprocedure is voorzien, en niets werd bepaald over het aantal jaren waarin de compensatie moet worden aangeboden. Het lijkt verdedigbaar het recht op deze compensatie niet overdraagbaar te stellen. In het systeem van de compensatieregeling is het ook vreemd dat de dominerende vennootschap in sommige gevallen kan beslissen de compensatie op basis van het rendement van haar eigen aandelen te berekenen, terwijl de vrije aandeelhouders hun aandelen aanvankelijk aanhielden omwille van hun vertrouwen in de nu afhankelijk geworden onderneming, ze per definitie geen enkele band hebben met de dominerende vennootschap. Ook ware het wenselijk de toekomstverwachtingen waarmee volgens art. 228, 2° lid rekening gehouden moet worden, nader te omschrijven. Het ontworpen rechtsbeschermingssysteem kan immers niet helemaal functioneren wanneer door de overname van aandelen zelf de toekomstverwachting van de afhankelijk geworden onderneming verslechtert en ook dit element de berekening van de compensatie beïnvloedt. Interessante punten in het voorstel zijn dat zo een verdere stap wordt gezet naar het vervagen van het onderscheid tussen risicodragend en niet-risicodragend kapitaal, en dat geschillen over het vaststellen van de uitkoopsom of de compensatie beslecht dienen te worden door de rechter van het rechtsgebied waarin de afhankelijke onderneming haar zetel leidt. Dit laatste ver-

sterkt de tendens om bij multinationale ondernemingen alles wat een bepaalde vestiging raakt zoveel mogelijk door het recht van de plaats van de vestiging of filiale te laten beheersen, eerder dan door het recht van de plaats waar de moedermaatschappij haar maatschappelijke zetel heeft.

c) het recht van sommige E.G. lid-Statens

- het recht van de Duitse Bondsrepubliek

484. Bij het sluiten van de in nr. 473 vermelde overeenkomsten worden de rechten van de minderheid beschermd door het vereisen van een bijzondere meerderheid in de algemene vergadering (1). Bovendien dient de beheersende vennootschap bij het sluiten van een Beherschungs- of Gewinnabführungs-overeenkomst, aan de aandeelhouders van de afhankelijke onderneming die geen partij zijn bij het sluiten van de overeenkomst, een dividend waarborg te verlenen, en hen aan te bieden hun aandelen tegen een aangepaste vergoeding over te nemen. Als dividend waarborg dienen zij de jaarlijkse uitkering te garanderen van een bedrag dat ofwel bepaald wordt in functie van de winstovernemende onderneming, ofwel uitgedrukt wordt als een percentage van de nominale waarde van de aandelen van de ondergeschikte onderneming dat beantwoordt aan het gebruikelijke en te verwachten rendement van deze aandelen. Overeenkomsten die terzake geen regeling voorzien zijn nietig (2). Overgenomen aandelen kunnen vergoed worden met aandelen in de beheersende onderneming, of tegen een vergoeding in contanten. Deze vergoeding moet zowel rekening houden met de opbrengstwaarde als met de vermogenswaarde van de aandelen in de ondergeschikte onderneming (3). Tenslotte gelden na het sluiten van de vermelde overeenkomsten bijzondere aansprakelijkheidsregels tegenover de aandeelhouders in de ondergeschikte onderneming. Bij Beherschungsovereenkomsten, eerdere overeenkomsten die tot een ondergeschikt verband tussen ondernemingen leiden, na een Eingliederung of een Verschmelzung, is de beheersende onderneming aansprakelijk tegenover de afhankelijke vennootschap en elk van haar aandeelhouders, voor een tekortkoming aan haar plichten uit de overeenkomst of onzorgvuldig beleid. In sommige gevallen wordt een hoofdelijke aansprakelijkheid opgelegd aan de leden van de Vorstand en de Aufsichtsrat (4).

(1) AktG. § 293, 319 en 340.

(2) Zie hierover meer uitgebreid AktG. § 304 en C.H. BARZ e.a., o.c., IV₁, § 304.

(3) Zie meer uitgebreid over deze regelen en het toepassingsgebied van de beide soorten vergoedingen: AktG. § 305; C.H. BARZ e.a., o.c., IV₁, § 304; G. SUETENS-BOURGEOIS, o.c., p. 335 e.v., nrs. 542 e.v.

(4) Zie verder § 309, 310, 317, 318, 322, 323, 349 AktG.; C.H. BARZ e.a., o.c., IV₁ en 2, onder de vermelde §§ AktG.

- het Engels recht

485. Het Engelse vennootschapsrecht kent voor de concern-verhoudingen geen rechtsbeschermingstechniek die aanzienlijk afwijkt van wat eerder werd besproken (recht van terugtrekking, minderheidsvordering). Wel voorziet het een aantal bepalingen over het verwerven van een meerderheidsparticipatie. Hier kan nog worden vermeld dat bij fusie via een scheme of reconstruction and amalgamation de eerder besproken bepalingen gelden van C. act. sect. 206 inzake compromises and arrangements (1). de rechtbank kan alle maatregelen treffen die haar nuttig lijken voor de aandeelhouders die zich tegen het plan verzetten (2). Indien de fusie gebeurt door vrijwillige liquidatie (reconstruction by voluntary liquidation) kunnen aandeelhouders in de overgenomen onderneming die niet aan de stemming over het plan deelnemen of zich tegen het plan verzetten, zich ook zonder de beslissing aan te vechten, schriftelijk van de beslissing distantiëren en de vereffenaar vragen zijn aandelen over te nemen. De overnameprijs wordt op basis van de waarde van de aandelen voor de ontbinding in onderling overleg of via arbitrage bepaald (3). De beslissing tot fusie door vrijwillige ontbinding wordt in een special resolution of extra-ordinary resolution genomen tenzij de tijd waarvoor de vennootschap werd opgericht is verstreken. Voor een special of extra-ordinary resolution is een 3/4 meerderheid van de aanwezige vernietigde vennoten vereist (4). Nog andere regels gelden bij concernvorming door een take-over-bid. Par. 209 Comp. Act kan hier als algemene techniek van bescherming van de minderheid onbesproken blijven, omdat het de minderheid beschermt tegen de bijzondere macht die dit artikel aan de meerderheid verleent (5). De Prevention of Fraud (Investments) Act 1958 (6), de City Code on take-overs and mergers en de Fair Trading Act 1973 (7), voorzien alle bepalingen betreffende de bij een take-over-bid te volgen procedure, te verspreiden informatie, de aansprakelijkheid van de betrokkenen bij niet naleving van deze

(1) Zie ook nr. 460.

(2) S. 208 Comp. Act.

(3) Zie PALMER's, o.c., p. 708 e.v.; S. 287 Comp. Act en G. SUETENS-BOURGEOIS, o.c., p. 70 e.v., nr. 122 e.v.

(4) Zie PALMER's, o.c., p. 490 e.v., 709 en 782 e.v.; S. 141 en 287 Comp. Act.

(5) Zie PALMER's, o.c., p. 727 e.v.; G. SUETENS-BOURGEOIS, o.c., p. 71 e.v., nrs. 124 e.v.

(6) Zie PALMER's, o.c., p. 202 e.v. en 722.

(7) V. KORAH, The Fair Trading Act 1973 and the Director-General, J.L.B. 1973, p. 305 e.v.

regels, en het toezicht op de transacties. Daarbij dient vooral vermeld te worden dat de Board of Trade en de Director-General of Fair Trading het oordeel over een transactie kunnen vragen aan de Monopolies and Mergers Commission die voorstellen kan formuleren over de te nemen maatregelen. De City Code vraagt voor elk take-over-bid dat geen betrekking heeft op al de aandelen van de over te nemen onderneming die nog niet in het bezit zijn van de overnemende onderneming, de instemming van het Panel (1). Wie door geleidelijke aankopen 40% van de stemgerechtigde aandelen verkrijgt dient normaal aan te bieden ook de andere aandelen over te nemen, tenzij het Panel hen van deze verplichting ontslaat (2).

- het Franse recht

486. Het Franse recht zegt tot op heden heel weinig over concerns maar de toenmalige regering legde in 1973 een vrij uitvoerig wetsontwerp terzake neer bij het Parlement. Toch omvat het een verspreid aantal bepalingen die duidelijk een invloed hebben op de concernvorming (3). Deze bepalingen en de jurisprudentieregelen betreffen vooral de informatie aan de aandeelhouders in een vennootschap die tot een groep kan worden gerekend, en het verhaalsobject van de schuldeisers van een van deze ondernemingen (4). Tot nu toe betreffen de andere specifiek in een concernrechtelijk verband relevante regels alleen zoals in Engeland het tot stand komen van de band van afhankelijkheid. Indien de groep uitgebouwd wordt door een take-over-bid op de beurs, moet rekening gehouden worden met de reglementering terzake die een gelijke behandeling van alle aandeelhouders tracht te waarborgen. De 'Commission des Opérations de Bourse' en de 'Chambre Syndicale des agents de change' zijn belast met het toezicht op deze transacties, en kunnen daarbij vooral dreigen met de toepassing van de bepalingen inzake misbruik van voorwetenschap (5). Op transacties met aandelen buiten de beurs zijn geen bijzondere bepalingen van toepassing. Het

(1) Comp. rule no. 27.

(2) Comp. rule no. 35.

(3) Zie voor een bespreking het eerder geciteerde artikel van GUYENOT, Banque 1973, 911 e.v.

(4) Zie V. GUYENOT, Banque 1973, 919 en de daar geciteerde rechtspraak.

(5) Cfr. supra, V. GUYENOT, l.c., p. 1029.

regels, en het toezicht op de transacties. Daarbij dient vooral vermeld te worden dat de Board of Trade en de Director-General of Fair Trading het oordeel over een transactie kunnen vragen aan de Monopolies and Mergers Commission die voorstellen kan formuleren over de te nemen maatregelen. De City Code vraagt voor elk take-over-bid dat geen betrekking heeft op al de aandelen van de over te nemen onderneming die nog niet in het bezit zijn van de overnemende onderneming, de instemming van het Panel (1). Wie door geleidelijke aankopen 40% van de stemgerechtigde aandelen verkrijgt dient normaal aan te bieden ook de andere aandelen over te nemen, tenzij het Panel hen van deze verplichting ontslaat (2).

- het Franse recht

486. Het Franse recht zegt tot op heden heel weinig over concerns maar de toenmalige regering legde in 1973 een vrij uitvoerig wetsontwerp terzake neer bij het Parlement. Toch omvat het een verspreid aantal bepalingen die duidelijk een invloed hebben op de concernvorming (3). Deze bepalingen en de jurisprudentieregelen betreffen vooral de informatie aan de aandeelhouders in een vennootschap die tot een groep kan worden gerekend, en het verhaalsobject van de schuldeisers van een van deze ondernemingen (4). Tot nu toe betreffen de andere specifiek in een concernrechtelijk verband relevante regels alleen zoals in Engeland het tot stand komen van de band van afhankelijkheid. Indien de groep uitgebouwd wordt door een take-over-bid op de beurs, moet rekening gehouden worden met de reglementering terzake die een gelijke behandeling van alle aandeelhouders tracht te waarborgen. De 'Commission des Opérations de Bourse' en de 'Chambre Syndicale des agents de change' zijn belast met het toezicht op deze transacties, en kunnen daarbij vooral dreigen met de toepassing van de bepalingen inzake misbruik van voorwetenschap (5). Op transacties met aandelen buiten de beurs zijn geen bijzondere bepalingen van toepassing. Het

(1) Comp. rule no. 27.

(2) Comp. rule no. 35.

(3) Zie voor een bespreking het eerder geciteerde artikel van GUYENOT, Banque 1973, 911 e.v.

(4) Zie V. GUYENOT, Banque 1973, 919 en de daar geciteerde rechtspraak.

(5) Cfr. supra, V. GUYENOT, l.c., p. 1029.

vermelde wetsontwerp wil deze bepalingen aanvullen door het invoeren van een optiemogelijkheid tussen een recht van terugtrekking en een dividendwaarborg.

- het Nederlandse recht

487. In Nederland dient rekening gehouden te worden met de fusiegedragsregels van de Sociaal-Economische Raad voor het tot standkomen van de concernverhouding, en met de structuurwet voor de N.V. en de B.V. van 6 mei 1971, en de wet van 10 september 1970 op de jaarrekeningen bij het beoordelen van de in een concern aan de minderheid geboden bescherming. De fusiegedragsregels zijn geen wettelijke bepalingen, maar een gedragscode. In het hoofdstuk betreffende de bescherming van de aandeelhouders organiseren zij vooral een informatie procedure bij een take-over-bid. De commissie voor fusie-aangelegenheden en de Vereniging voor den Effectenhandel zijn belast met het toezicht op de naleving van deze regels. De commissie kan na onderzoek openbare berisping uitspreken, waarna de Vereniging disciplinaire sancties kan opleggen (1). De concernverhoudingen zelf worden beïnvloed door de bepalingen betreffende de structuur van de grote N.V. en B.V. en de wet op de jaarrekeningen. Deze bepalingen die vooral het toezicht op de onderneming grondig hebben hervormd, voorzien nochtans geen bijzondere beschermingstechnieken voor de minderheidsaandeelhouders buiten de verdere organisatie van de informatieverstrekking (2). Ook de voorstellen van de Commissie Vennootschapsrecht over "pakketvergoedingen" en de bescherming van minderheidsaandeelhouders bij een bod op een pakket aandelen in de onderneming betreffen vooral de publiciteit die aan de transactie gegeven dient te worden (3).

D. Besluit

488. Uit een vergelijking van het nu geldende Belgisch vennootschapsrecht met in het buitenland geldende regelingen en Europese of Belgische voorstellen, blijkt dat de bescherming van minderheidsaandeelhouders nog voor belangrijke verbeteringen vatbaar is. In het kort wordt hier overlopen welke suggesties daartoe kunnen worden weerhouden.

(1) Zie verder over de fusie-gedragsregels, de bespreking van hun toepassingsgebied enz.: H.C.J.G. JANSSEN, De fusie gedragsregels, S.E.W. 1973, 215 e.v.; de SAVORNIN LOHMAN, De SER-fusiecode en de beursoverval, Deventer 1970, 5 e.v.; M.V.M. VAN LEEUWE - W.C.L. VAN DER GRINTEN, Fusies van ondernemingen, Deventer 1970 (losbl.), I, 31 e.v. en bijlage I.

(2) Zie over al deze bepalingen W.C.L. VAN DER GRINTEN, Handboek voor de Naamloze en de Besloten Vennootschap, .../...

1) bescherming van minderheidsaandeelhouders -
materieelrechtelijke bepalingen

a) bescherming bij de besluitvorming

- bijzondere meerderheden

489. De eenvoudigste methode om de bescherming van minderheidsaandeelhouders te verbeteren, bestaat wellicht in het verleggen van de grens tussen meerderheid en minderheid, samen met het opleggen van een hoog aanwezigheidsquorum, en een bepaling dat alleen beslissingen genomen kunnen worden over onderwerpen die op de bij de uitnodiging meegedeelde agenda werden vermeld. Deze methode bemoeilijkt evenwel zozeer de besluitvorming dat haast altijd bepaald wordt dat bij een tweede vergadering geen aanwezigheidsquorum meer vereist is. Ook dan leidt deze methode nog tot een zware en tijdrovende besluitvormingsprocedure. Het lijkt daarom verantwoord deze methode alleen toe te passen voor het nemen van beslissingen die de vennootschap fundamenteel wijzigen, zoals statutenwijzigingen, wijzigingen van het maatschappelijk kapitaal en beslissingen tot ontbinding van de vennootschap. Rekening houdend met deze beperkingen, bieden het huidige Belgische vennootschapsrecht en de voorgestelde wijzigingen, inzake bijzondere meerderheden een bevredigende regeling.

(2) ./.. suppl. bij Handboek voor de N.V., Zwolle 1971, nr. 39, 41 e.v., 96, 200, 212, 273, 275₁ en 323 e.v. betreffende de jaarrekeningen.

(3) C.R.C. WIJCKERHELD BISDOM, De bescherming van de belangen van minderheidsaandeelhouders bij het doen van biedingen op aandelen, de N.V. 1974, p. 131 e.v.

- bekrachtiging door de rechter van, of toezicht op bepaalde beslissingen of transacties

490. Zowel het Belgische (1) als het Engelse vennootschapsrecht (2) vergen voor sommige beslissingen een bekrachtiging door de rechter. Het ontwerp S.E. voorziet dat statutenwijzigingen aangemeld moeten worden bij het Hof van Justitie, dat de inschrijving in het Europees handelsregister kan weigeren wanneer de statutenwijziging niet in overeenstemming is met de bepalingen van het voorstel of de statuten van de vennootschap (3), terwijl in Nederland bij statutenwijzigingen een verklaring van geen bezwaar vereist is van de Minister van Justitie (4). De bescherming die in België bij emissies van effecten door de Bankcommissie geboden wordt, is hiermee vergelijkbaar (5). Deze rechtsbeschermingstechnieken bieden als belangrijk voordeel de mogelijkheid om al in de fase van de preventieve rechtsbescherming rekening te houden met de belangen van groepen die niet rechtstreeks aan de besluitvorming deel kunnen nemen. Daar staat als nadeel tegenover dat een voldoende grondig onderzoeken van een groot aantal dossiers een vrij uitgebreide staf veronderstelt. Even belangrijk is wellicht dat een delicaat aansprakelijkheidsprobleem kan rijzen wanneer ondanks het rechterlijke of administratieve fiat, nadien toch een ernstige benadeling wordt vastgesteld (6). Om deze redenen lijken deze technieken vooral geschikt wanneer het aantal te behandelen dossiers gering is (zoals wellicht terzake de S.E.), of wanneer specifieke transacties worden onderzocht die het algemeen belang in aanzienlijke

(1) Inzake wijzigingen van de aan verschillende categorieën aandelen verbonden rechten zonder dat hiertoe de voorgeschreven bijzondere meerderheid werd bereikt, zie nr. 432.

(2) Inzake kapitaalverminderingen en sommige emissies van effecten, zie nr. 453.

(3) Zie nr. 444.

(4) Zie nr. 444, in voetnoot.

(5) Zie nr. 386, 431 en 435.

(6) Vergelijk de problematiek inzake overheidsvergunningen. Zie hierover W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p.114 e.v., en meer specifiek inzake farmaceutische produkten: H. COUSY, De betekenis van de overheidsvergunning voor de privaatrechtelijke aansprakelijkheid naar Belgisch recht, in H. COUSY en J. GROEN, .../...

mate beïnvloeden, en dat vooral wanneer de benadeelden moeilijk identificeerbaar zijn of zelfs zelden een vergoeding van de door hen geleden schade zullen of kunnen vorderen. Het lijkt daarom minder aangewezen om te pleiten voor een overnemen van het Nederlandse of Engelse systeem. De Bankcommissie heeft ongetwijfeld de grondslagen gelegd om een dergelijk systeem te laten functioneren, en lijkt zo goed voorbereid om deze functie op zich te nemen. Maar het moet gevreesd worden dat een overbelasten van deze instelling met dossiers, die dikwijls alleen een routinecontrole zullen vergen, het de commissie moeilijk zal maken om verder door een zorgvuldige behandeling van een meer beperkt aantal moeilijke dossiers, de pilootrol te blijven spelen die tot nu toe zo belangrijk is geweest voor de ontwikkeling van ons ondernemingsrecht.

491. Art. 71 B Venn.W. volgt een tussenweg: wanneer een beslissing met een bijzondere gekwalificeerde meerderheid werd genomen, is geen bekrachtiging vereist, maar wanneer dit niet het geval is, wordt voor een benadeling gevreesd en mag de beslissing pas worden uitgevoerd na bekrachtiging door het Hof van Beroep (1). Deze regeling voldoet aan de in nr. 490 geformuleerde criteria. Men kan alleen de vraag stellen of het wenselijk is voor een specifiek geval, zij het dan omdat het in het verleden tal van geschillen veroorzaakt heeft (2), een heel apart rechtsbeschermingssysteem te ontwikkelen. Wellicht kan dezelfde bescherming worden geboden wanneer een in alle gevallen bijzondere meerderheid wordt vereist en/of wanneer uitdrukkelijk een beroepsprocedure wordt georganiseerd (3).

(6) ./. De betekenis van de overheidsvergunning voor de privaatrechtelijke aansprakelijkheid, Zwolle 1975, p. 31 e.v.

(1) Zie nr. 432.

(2) Zie nr. 437.

(3) Zie ook inzake het Engels recht, nr. 458.

b) bescherming tegen genomen besluiten

492. Na het nemen van een besluit door een orgaan van een vennootschap, kunnen inzake de bescherming van de minderheidsaandeelhouders drie situaties worden onderscheiden: (1) minderheidsaandeelhouders zijn ongerust over de ontwikkeling van de vennootschap, en vrezen dat de beheerders een onvolledig of onjuist beeld geven over de situatie van de onderneming of over bepaalde transacties; (2) minderheidsaandeelhouders zijn van oordeel dat de beheerders de vennootschap ernstig benadeelden, maar kunnen de meerderheid er niet toe brengen maatregelen te nemen; (3) de minderheidsaandeelhouders zijn van oordeel dat een beslissing van de meerderheid in de algemene vergadering de vennootschap en henzelf ernstig benadeelt. Het onderscheid tussen de laatste twee situaties is eerder vaag, omdat de tweede situatie gemakkelijk kan leiden tot de derde wanneer de meerderheid weigert een beheerder af te zetten of een actio mandati in te stellen. In de eerste groep gevallen dient gewaarborgd te worden dat de minderheid betrouwbare informatie verkrijgen kan. Hiertoe strekken de verschillende vormen van enquêterecht. De tweede situatiegroep vergt meer ingrijpende rechtsbeschermingstechnieken, zoals het toekennen van de actio mandati aan minderheidsaandeelhouders. Om een oplossing te vinden voor de laatste groep problemen, wordt nagegaan of het wenselijk is om aan de minderheidsaandeelhouders een minderheidsvordering of actio socii toe te kennen voor het vernietigen van besluiten van de algemene vergadering.

- het enquêterecht

493. Om aan de geschetste behoefte te voldoen, dienen de minderheidsaandeelhouders over een enquêterecht te beschikken, wanneer de onderneming weigert door deze aandeelhouders gevraagde inlichtingen te verschaffen en deze inlichtingen meegedeeld dienen te worden op grond van wettelijke of statutaire bepalingen, of indien aandeelhouders redelijkerwijze het meedelen van deze inlichtingen mogen verwachten en zulks in overeenstemming met het belang van de vennootschap als zodanig, of gevreesd moet worden voor een voor hen ongunstige

evolutie van de toestand van de onderneming. Het dient hen toe te laten het meedelen van bepaalde gegevens, of een deskundigen onderzoek te vorderen, van de toestand van de onderneming of bepaalde aspecten daarvan; en om desgevallend de vernietiging te verkrijgen van alle beslissingen waardoor een inadequate informatie werd verstrekt, met het bevel om de gewraakte informatie te vervangen door inlichtingen die door de deskundigen werden verstrekt. Artikel 191 Venn.W. voldoet in grote lijnen aan deze voorwaarden. Het is wel aangewezen om een royale interpretatie te geven aan de bepaling in artikel 191, 3° lid waarin gesteld wordt dat het vonnis nauwkeurig de punten dient aan te geven waarop het onderzoek betrekking zal hebben. In het licht van artikel 42, d van het voorstel voor een vijfde richtlijn, verdient het bovendien aanbeveling de tekst aan te vullen met een bepaling waarin de rechter gemachtigd wordt om alle besluiten van organen van de vennootschappen te vernietigen waarin onjuiste of om andere redenen misleidende informatie werd verstrekt, en om deze informatie te vervangen door teksten die opgesteld werden door de deskundigen die aangesteld werden als commissaris. Dezelfde opmerkingen gelden betreffende artikel 317 van het voorontwerp van de herziening van het vennootschapsrecht. Ook kan de vraag worden gesteld of het wenselijk is deze vordering alleen toe te kennen aan aandeelhouders die tenminste 20% van de gemeenschappelijke intresten bezitten, of, zoals nu wordt voorgesteld, over tenminste 5% van de stemmen beschikken die verbonden zijn aan de effecten die bestaan bij het indienen van de vordering. De formule in het voorontwerp brengt een belangrijke verbetering, vooral omdat de gebruikte terminologie er geen twijfel over laat bestaan dat ook obligatiehouders over een enquêterecht beschikken. Vooral omdat de door een onderneming verstrekte informatie ook derden aangaat, en de regeling inzake jaarrekeningen mede daarom op verschillende punten met strafbepalingen is gesanctioneerd(1),

(1) Zie nrs. 267 e.v. en de daar besproken verhaalmogelijkheden.

komt het logischer voor het enquêterecht toe te kennen aan elke houder van door de vennootschap uitgegeven effecten. Even belangrijk is het uitbreiden van het enquêterecht tot alle vennootschapsvormen waarin de rechtstreekse aansprakelijkheid van beheerders tegenover de vennoten beperkt is. Een beroep op het enquêterecht kan ingesteld worden door een dagvaarding van de vennootschap met opgave van de gevorderde maatregelen.

495. Het lijkt niet noodzakelijk om in de regeling inzake het enquêterecht ruimere bevoegdheden toe te kennen aan de rechter, zoals nochtans voorgesteld wordt in het ontwerpstatuut voor de S.E. (1). Wanneer men toch van oordeel is dat de rechter ook wanneer de partijen daar niet het initiatief toenemen, verdergaande maatregelen moet kunnen treffen zoals het schorsen van beheerders, kan aan de rechtbank de bevoegdheid worden gegeven om op grond van de gegevens die bekend werden na een enquêterechtelijke vordering, ambtshalve de actio mandati, de verder voorgestelde minderheidsvordering of werknemersvordering in te stellen. Zeker inzake ondernemingen in moeilijkheden, zou een dergelijke constructie minder vreemd zijn dan zij misschien voorkomt. De rechter beschikt dan al over een belangrijk en erg vergelijkbaar instrument op grond van de bevoegdheid om ambtshalve een faillissement uit te spreken. Het verder te bespreken voorstel inzake beheer met bijstand, kan deze actiemogelijkheden nog verruimen. Terwille van de rechtszekerheid verdient het nochtans de voorkeur om deze ambtshalve bevoegdheid alleen toe te kennen in die gevallen waarin de rechter van oordeel is dat de vennootschap of haar organen beslissingen namen in strijd met de wet of de statuten, of de vennootschap veroordeeld werd tot het betalen van een schadevergoeding wegens daden die door leden van organen werden gesteld.

(1) Zie nr. 448.

- de actio mandati

496. Vermits de beheerraad in een vennootschap normaal de meerderheidsaandeelhouders vertegenwoordigt, moet zeker worden betreurd dat het nu geldende vennootschapsrecht geen actio mandati toekent aan de minderheidsaandeelhouders. In veel gevallen betekent de huidige regeling dat alleen de beheerders tegen zichzelf deze vordering kunnen instellen. Zowel het voorstel voor een vijfde richtlijn als voorontwerp voor een herziening van het Belgisch vennootschapsrecht (1) kunnen op dit punt een belangrijke verbetering brengen. Het stellen van een, overigens vrij laag bepaalde, drempel om deze vordering in te kunnen stellen (5% van de geëmitteerde effecten), kan bij de actio mandati gemakkelijker worden begrepen dan bij het enquêterecht. Wel zou het de voorkeur verdienen te bepalen dat het houden van 5% van de effecten van de categorie waartoe de aangehouden effecten behoren, volstaat om de actio in te stellen. Dit zou vermijden dat de drempel toch vrij hoog ligt in ondernemingen waardoor verschillende categorieën effecten werden uitgegeven. Bovendien verdient het aanbeveling de rechter de bevoegdheid te verlenen ambtshalve een actio mandati in te stellen voor rekening van de vennootschap, wanneer hij van oordeel is dat leden van de organen van de vennootschap beslissingen namen in strijd met de wet of de statuten, of de vennootschap veroordeeld werd tot het betalen van een schadevergoeding wegens daden die door leden van organen werden gesteld, naar analogie met de bevoegdheid van de rechter om een faillissement uit te breiden tot 'le maître de la société' (2). Ook moet worden betreurd dat beide ontwerpen niets bepalen om de maatregelen die de rechter kan nemen wanneer hij de vordering gegrond acht. Dit impliceert dat de actio mandati

(1) Zie nrs. 440 en 449.

(2) Zie ook nr. 597; en over het uitbreiden van een faillissement, verder nr. 728.

beperkt blijft tot een loutere aansprakelijkheidsvordering. Het zou de voorkeur verdienen ten minste uitdrukkelijk te bepalen dat de rechter over dezelfde bevoegdheden beschikt inzake het aanstellen van commissarissen als na een inroepen van het enquêterecht. Wanneer de actio mandati aan de minderheid wordt toegekend, dient de rechter evenwel over andere bevoegdheden te beschikken dan thans het geval is, vermits de minderheid zelf geen beheerders kan ontslaan of benoemen, noch op een andere wijze via beslissingen in de algemeene vergadering het beleid van de vennootschap kan wijzigen. Daarom moet ervoor gepleit worden de rechter de bevoegdheid te geven om een of meer beheerders of commissarissen tot het betalen van een schadevergoeding ten voordele van de vennootschap te veroordelen, op grond van art. 62 Venn.W., art. 1991, 1992 of 1382 B.W., hen te schorsen of te ontslaan, tijdelijk nieuwe beheerders of commissarissen aan te stellen en besluiten van beheerders, commissarissen, de raad van beheer of toezicht te schorsen, te vernietigen of te wijzigen(1). De voorzitter van de rechtbank van koophandel dient bevoegd te zijn om in kortgeding de uitvoering van besluiten van beheerders te schorsen, hen in hun functie te schorsen, en wanneer meer dan de helft van de leden van de raad van beheer zijn geschorst, tijdelijk nieuwe beheerders aan te stellen. Het lijkt minder aangewezen om de rechter op grond van een actio mandati de bevoegdheid te verlenen om de vennootschap te ontbinden. Een dergelijke beslissing kan gezwaarlijk genomen worden in een procedure waar de andere aandeelhouders niet rechtstreeks bij betrokken zijn. Wel kan worden overwogen om de rechter de bevoegdheid te geven om zelf in een procedure ten gronde, of in kortgeding, de vordering ambtshalve uit te breiden tot een actio socii of werknemersvordering. Omwille van de aard van de te nemen maatregelen, is het aangewezen te bepalen dat een actio mandati waarin ook andere maatregelen gevorderd worden dan een schadevergoeding of het schorsen of ontslaan van beheerders of commissarissen (en dus gevorderd wordt hen tijdelijk te vervangen, of hun besluiten of de

(1) Vergelijk het ontwerp-statuuut S.E. nr. 448, en de nrs. 458 en 460 inzake het Engels vennootschapsrecht.

besluiten van de organen waarvan zij deel uitmaakten te schorsen, te vernietigen of te wijzigen), slechts geldig kan worden ingeleid wanneer de dagvaarding van de leden van de organen waarvan de handelwijze wordt aangevochten, ook betekend wordt aan de vennootschap. De vennootschap dient in die gevallen in deprocedure gehoord te worden als tussenkomende partij, tenzij zij aan dit recht verzaakt door niet te verschijnen (1).

- de actio socii

497. Wegens de belangenvermenging die normalerwijze bestaat tussen de beheerders en de meerderheid in een vennootschap, kan geen sluitende bescherming van de minderheid worden opgebouwd wanneer zij zich niet verweren kan tegen beslissingen van de meerderheid. Zoals uit nr. 437 blijkt wordt de behoefte hieraan, en de mogelijkheid hiertoe, niet betwist in de Belgische rechtspraak. Evenmin zal worden betwist dat een bijzondere voorzichtigheid geboden is wanneer aan de minderheid de bevoegdheid wordt verleend om formeel geldig genomen beslissingen aan te vechten, wil men vermijden dat ondernemingen stuurloos worden door herhaalde en langdurige gerechtelijke procedures. De terughoudendheid van de rechter kan daarom worden begrepen (2). Een actio socii of minderheidsvordering mag daarom aan de rechter alleen een bevoegdheid geven om de beslissingen van de meerderheid marginaal te toetsen aan de wet, en inzonderheid het vennootschapsrecht, de statuten van de vennootschap en algemene rechtsbeginselen (3). O.m. de Belgische rechtspraak toont

(1) Het lijkt niet aangewezen de vennootschap de mogelijkheid te bieden om verzet aan te tekenen tegen een uitspraak wanneer zij ondanks de behoorlijke betekening van de dagvaarding niet is verschenen.

(2) Zie nrs. 252 en 253, en inzake het Engels recht, nrs. 457, 459 en 460.

(3) Zie P. COPPENS, Abus de majorité, p. 249 e.v., en J. RONSE, Preadvies, p. 396 en 397.

aan dat een dergelijke toetsingstechniek in principe zonder tussenkomst van de wetgever door de hoven en rechtbanken kan worden ontwikkeld. Uit buitenlandse ervaringen blijkt evenwel dat een expliciet in de wetgeving omschreven vordering, ~~door~~ haar toepassingsgebied en de bevoegdheden van de rechter zo duidelijk mogelijk te omlijnen, zowel een overdreven schroom bij de rechter als een onverantwoord inroepen door minderheidsaandeelhouders kan helpen vermijden (1).

498. Deze vordering zou open moeten staan voor alle houders van door een vennootschap uitgegeven effecten en hen die gemachtigd zijn om hen voor het beheer van deze effecten te vertegenwoordigen (2). Vermits de vordering bij hypotheek alleen bij bijzonder ernstige benadeling zou kunnen worden ingesteld, lijkt het niet logisch om deze vordering alleen toe te kennen aan wie beschikt over een bepaald percentage van de door de vennootschap uitgegeven effecten (3). Misbruik van deze vordering kan worden vermeden door de verder onder 3 te bespreken procedurale technieken, en door uitdrukkelijk geen opschortende vordering te te kennen aan een beroep op de rechter inzake de aangevochten beslissingen. Het lijkt trouwens normaal om hier, niet alleen naar analogie van een beroep bij de Raad van State, maar ook overeenkomstig het gemeenrecht, elke beslissing zijn normale rechtskracht toe te kennen tot zij door de rechter wordt vernietigd (4). Wel moet de mogelijkheid worden voorzien om in kortgeding om tijdelijke maatregelen te verzoeken (5).

499. Om te passen in de in nr. 497 geschetste optiek, dient de actio socii hen toe te laten elke beslissing van de algemene vergadering aan te vechten die zij zelf niet mee

(1) Zie vooral nr. 455 e.v. inzake het Engels recht.

(2) Zie nr. 460.

(3) Een beroep tegen geldig genomen besluiten van een meerderheid in een algemene vergadering kan in dit opzicht onderscheiden worden van een beroep op de aansprakelijkheid van beheerders tegenover hun opdrachtgevers, waartoe in rechte zowel de minderheids- als de meerderheidsaandeelhouders behoren.

(4) (5) .../...

hielpen nemen of slechts wegens misleiding mee namen, en die genomen werd in strijd met de bepalingen van dwingend recht met de statuten en met de goede trouw die vereist is bij de uitvoering van overeenkomsten, of die genomen werden met misbruik van recht of afwending van bevoegdheid. Gelet op de eerder aangehaalde buitenlandse ervaringen lijkt het wenselijk de omschrijving van het toepassingsgebied van deze vordering verder te specificeren. Maar om een soepele ontwikkeling in de rechtspraak niet te remmen, verdient het de voorkeur om, zoals in artikel 85 en 86 E.E.G. door het opnemen van een louter exemplatieve lijst van voorbeelden de contour te schetsen van de toepassingen die men beoogt. Dit biedt als voordeel dat de rechtspraak geleid door deze voorbeelden een duidelijkere inhoud kan geven aan algemene maar al gekende begrippen zoals misbruik van recht of afwending van bevoegdheid. Het opnemen van een limitatieve lijst van toepassingsgevallen, dwingt de rechter om rond elk van deze criteria een nieuwe rechtspraak te ontwikkelen, wat het risico inhoudt op een minder samenhangend rechtsbeschermingsbeeld. Uit de rechtspraak inzake misbruik van recht blijkt verder voldoende dat het zeker niet noodzakelijk is om het bewijs van een bedrieglijke handelwijze of een oogmerk te schaden te vereisen voor het nemen van maatregelen indien men misbruik van de vordering wil voorkomen. Als voorbeelden kunnen daarom worden opgesomd: elk beleid, of elk op zichzelf staand besluit (1), waardoor de rechten van houders van effecten worden aangetast of deze houders worden onderdrukt (1) wanneer gehandeld werd met als enig oogmerk de minderheid te benadelen, of (2) wanneer de meerderheid zichzelf voordelen toeëigent waarvan de minderheid mag verwachten dat zij aan de vennootschap toekomen, of die althans aan de vennootschap toe kunnen komen zonder dat de meerderheid daardoor

(4) Zie verder J. RONSE, Preadvies, p. 397 e.v., en meer algemeen W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 406 e.v.

(5) Zie ook inzake een ambtshalve bevoegdheid tot het instellen van deze vordering, nrs. 495 en 496.

(1) Zie nr. 460.

benadeeld wordt, omdat de meerderheid alleen voordelen voor zichzelf nastreeft zonder rekening te houden met het belang van de vennootschap waarvan zij deel uitmaakt, of voordelen voor zichzelf nastreeft die niet in redelijke verhouding staan tot de door de minderheid geleden schade, of nog (3) wanneer de meerderheid beslissingen neemt die de essentiële kenmerken van de rechten van de minderheid wijzigen omdat zij de rechten die verbonden zijn aan de verschillende categorieën aandelen onderling wijzigen zonder dat een meerderheid van de houders van elk van de verschillende groepen effecten hiermee instemmen bijvoorbeeld door het verminderen van het kapitaal of het uitgeven van effecten (1).

500. Wanneer de rechter van oordeel is dat een actio socii die ingesteld werd tegen een beslissing of een reeks beslissingen, op een van de in nr. 499 vermelde gronden gegrond is, moet hij bevoegd zijn deze beslissing of beslissingen nietig te verklaren, te wijzigen, aan de benadeelden een schadevergoeding toe te kennen wanneer voldaan is aan de voorwaarden die art. 62, 1^o lid Venn.W. en art. 1991 en 1992 B.W. of art. 1382 B.W. stellen, en alle andere maatregelen te nemen die hij nuttig oordeelt om een einde te stellen aan de aangevochten handelwijze, met inbegrip van het ambtshalve aanwenden van het enquêterecht, het ambtshalve instellen van een actio mandati (en het nemen van de maatregelen waartoe de rechter in het kader van deze procedure bevoegd dient te zijn volgens de in nr. 496 geformuleerde suggesties), en het ontbinden van de vennootschap. In kortgeding dient de voorzitter van de rechtbank van koophandel bevoegd te zijn om de schorsing te bevelen van het uitvoeren van aangevochten besluiten (2). Omwille van het vertrouwelijk karakter van de te

(1) Zie gecombineerd nrs. 438, en vooral de gangbare criteria voor het vaststellen van misbruik van recht, en de nrs. 453 en 460 inzake Engels recht. Zie ook nr. 42, 3 a en b en nr. 42, 4 b.

(2) Zie over de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van koophandel in kortgeding: Voorz. Rb. v. Kph. Brussel, 24 mei 1968, B.R.H. 1970, I-186; Voorz. Rb. v. Kph. Antwerpen, 12 augustus 1971, R.P.S. 1971, p. 129; en G. HORSMANS, .../...

bespreken gegevens, lijkt het aangewezen om aan de partijen de mogelijkheid te geven om het voorleggen van stukken afhankelijk te maken van het behandelen van de zaak achter gesloten deuren, of in de raadkamer, en aan de rechtbank de mogelijkheid te bieden om hier ambtshalve toe te beslissen. Omdat beslissingen van een orgaan van de vennootschap aangevochten worden, is het aangewezen dat de actio socii tegen de vennootschap wordt ingesteld. Een schadevergoeding kan evenwel zowel verschuldigd zijn omdat de vennootschap verarmd werd ten voordele van de meerderheid, als omdat de minderheid benadeeld werd zonder daarom de vennootschap te benadelen. Ook al omdat het weinig doeltreffend kan zijn om de vennootschap te verrijken met een schadevergoeding wanneer de meerderheid noch de minderheid dit wensen, komt het aangewezen voor te bepalen dat een schadevergoeding kan worden toegekend ten voordele van de minderheidsaandeelhouders of van de vennootschap, en ten laste van de vennootschap of van meerderheidsaandeelhouders. In beide laatste gevallen kan bepaald worden dat respectievelijk de minderheidsaandeelhouders of de vennootschap in solidum aansprakelijk zijn voor het betalen van de schadevergoeding waartoe de andere groep veroordeeld is, indien de rechter dit bepaalt. Wanneer van meerderheidsaandeelhouders een schadevergoeding gevorderd wordt, dienen zij samen met de vennootschap gedagvaard te worden. Worden zij afzonderlijk gedagvaard, dan kunnen de procedures in aanvechting van vennootschapsbeslissingen en in betaling van schadevergoeding worden gevoegd.

(2) ./.. 'Le juge des référés et le droit des sociétés', R.P.S. 1969, p. 47 e.v., en F. 't KINT, Le juge et les sociétés commerciales en difficultés, Leuven (U.C.L., Faculté de Droit) 1975, p. 6 e.v.

2) concernrechtelijke aspecten

a) de omschrijving van het concernbegrip

501. Vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming dient een omschrijving van het concernbegrip vooral aan twee voorwaarden te voldoen. De definitie moet toelaten alle ondernemingen tot één concern te rekenen die elkaar beïnvloeden als vormden zij verschillende afdelingen van eenzelfde onderneming, of die vanuit eenzelfde besluitvormingscentrum worden geleid. Omwille van de internationale aspecten van het concernrecht, moet de definitie bovendien zoveel mogelijk aansluiten bij de definities die in een zo groot mogelijk aantal landen worden aanvaard. Mede dank zij de grote mate van overeenstemming tussen de nu in het Belgische recht ontwikkelde definitie en de communautairrechtelijke voorstellen terzake, mag worden besloten dat de Belgische definitie aan deze voorwaarden voldoet (1).

b) bescherming van de minderheid in concernverhoudingen

502. De bescherming van de minderheidsaandeelhouders in concernondernemingen stelt vooral problemen in afhankelijke ondernemingen, of in verticale concernverhoudingen. In horizontale concernverhoudingen stemt de meerderheid het beleid van de vennootschap af op dat van andere ondernemingen in de groep, maar is zij niet in dezelfde mate gebonden door aldus genomen beslissingen. Wanneer in een horizontaal concern de meerderheid handelt in het belang van de groep, met miskennen van het belang van de benadeelde vennootschap, dienen de eerder besproken rechtsmiddelen een voldoende bescherming te bieden, omdat een vordering het beoordelen veronderstelt van verbintenissen die door de meerderheid of de beheerders zijn

(1) Zie nrs. 467, 470 en 472.

aangegaan. Wanneer de meerderheidsaandeelhouders daarentegen slechts de vertegenwoordigers zijn van een andere vennootschap, om de beslissingen uit te voeren die daar werden genomen als resultaat van de in die vennootschap bestaande machtsverhoudingen, is het veel minder zeker dat de meerderheidsaandeelhouders of de beheerders over alle gegevens beschikken om de gestelde vragen te beantwoorden, en dient eigenlijk niet hun handelwijze maar deze van de dominerende onderneming beoordeeld te worden. De actio mandati en een actio socii beogen door te dringen tot het besluitvormingscentrum om de aansprakelijkheid te beoordelen van wie de onderneming werkelijk leidt. In verticale concernverhoudingen is het daarom aangewezen aan de minderheidsaandeelhouders in een afhankelijke of verbonden onderneming bepaalde vorderingen toe te staan, of de toegang te verlenen tot de organen van de dominerende vennootschap.

503. Dit geldt op de eerste plaats inzake het enquête-recht. Het is daarom aangewezen minderheidsaandeelhouders de mogelijkheid te geven om zich tot de dominerende onderneming te richten, om aan te dringen op een grotere doorzichtigheid in het concern, om zo klaarder te zien in de situatie van de eigen vennootschap. Hiertoe verdient het aanbeveling het in nr. 493 verdedigde enquêterecht ook toe te kennen aan de houders van effecten die uitgegeven werden door een verbonden of afhankelijke onderneming tegenover de dominerende onderneming en de onderneming of ondernemingen die deze onderneming of ondernemingen op hun beurt domineren. Een uitbreiden van de actio mandati en de actio socii dringt zich minder sterk op. De minderheidsaandeelhouders in een afhankelijke onderneming mogen niet meer verwachten dan een wijziging van beslissingen over het beleid van de vennootschap waarmee zij banden hebben. Volgens het in nrs. 496, 500 en 503 verdedigde rechtsbeschermingssysteem zou de rechter over de bevoegdheid beschikken om ambtshalve alle inlichtingen op te vragen bij dominerende ondernemingen die hij nodig acht om de besluiten van de organen van een afhankelijke onderneming te kunnen beoordelen, indien tegen hem een actio mandati of actio socii werd ingesteld. In principe kan de aansprakelijk-

heid van de dominerende onderneming dan vastgesteld worden door het beoordelen van de aansprakelijkheid van haar vertegenwoordigers in de afhankelijke vennootschap. In feite kan dit systeem maar functioneren wanneer de dominerende onderneming rechtstreeks aandeelhouder is van de afhankelijke onderneming. Alleen dan geldt het vermogen van de dominerende onderneming rechtstreeks als verhaalsobject voor het betalen van de schadevergoedingen waartoe zij veroordeeld wordt tegenover de minderheidsaandeelhouders. Wanneer de dominerende onderneming onrechtstreeks, zonder zelf over een doorslaggevende participatie in de algemene vergadering van de afhankelijke onderneming te beschikken, de afhankelijke onderneming leidt, zal het zeer moeilijk zijn om bij het beoordelen van een vordering in vrijwaring vast te stellen dat de dominerende onderneming bij het geven van haar richtlijnen rekening diende te houden met het belang van een vennootschap waarin zij niet rechtstreeks deelneemt: zij kan dan bezwaarlijk verweten worden dat zij haar bevoegdheden als aandeelhoudster in de afhankelijke onderneming afwendde, of haar verbintenissen niet te goeder trouw uitvoerde. Als aandeelhoudster in de uiteindelijk dominerende vennootschap dient de dominerende groep, of als aandeelhoudster in de onmiddellijk dominerende vennootschap, dient de dominerende groep of vennootschap immers op de eerste plaats het belang te verdedigen van de vennootschappen waarin zij deelnemen, en kan dan nog alleen bij een ver doorgedreven interpretatie een misbruik van recht als aandeelhoudster in de uiteindelijk of onmiddellijk dominerende onderneming worden verweten in een procedure op grond van art. 1382 B.W. Eenzelfde probleem stelt zich nog scherper tegenover de beheerders. De minderheidsaandeelhouders kunnen een vordering instellen tegenover de beheerders van de afhankelijke onderneming wanneer een in nr. 496 bepleitte uitbreiding van de actio mandati wordt aangenomen. Maar deze beheerders kunnen hun aansprakelijkheid moeilijk verhalen op de beheerders van de dominerende vennootschap, die als beheerders geen loyaleitsverplichting hebben tegenover de aandeelhouders van de afhankelijke vennootschap. De beheerders van de dominerende vennootschap kunnen dus ten hoogste aansprakelijk zijn op grond van art. 1382 B.W.

wanneer hun handelwijze volgens het gemeen recht als een onrechtmatige daad kan worden gekwalificeerd. De beheerders van de afhankelijke of van de dominerende vennootschap zijn trouwens niet eens aansprakelijk wanneer zij beslissingen uitvoerden van de algemene vergadering, en deze beslissingen niet indruisen tegen de wet of de statuten (1). Om ingewikkelde constructies, of zware bewijsmoeilijkheden te vermijden, verdient het daarom aanbeveling om naar Duits model (2), uitdrukkelijk te bepalen dat de dominerende vennootschappen tegenover de aandeelhouders van afhankelijke of verbonden vennootschappen aansprakelijk zijn, zoals de dominerende aandeelhouders aansprakelijk zijn tegenover minderheidsaandeelhouders, en dat de beheerders van dominerende vennootschappen aansprakelijk zijn voor de gevolgen van een onzorgvuldig beheer tegenover de afhankelijke of verbonden vennootschappen, zoals de beheerders aansprakelijk zijn tegenover de vennootschap waardoor zij zijn aangesteld. In concrete gevallen zullen dan de verbintenissen moeten worden afgewogen die beheerders en aandeelhouders hebben tegenover de vennootschap die hen heeft aangesteld of waarvan zij in eerste instantie deel uitmaken, met hun verplichtingen tegenover een afhankelijke vennootschap. Men zal dus telkens het belang van de dominerende vennootschap of groep moeten afwegen met het belang van de afhankelijke onderneming. Dit resultaat kan worden bereikt wanneer de houders van effecten die uitgegeven werden door een afhankelijke of verbonden vennootschap in die vennootschap recht geven op een beroep op het enquêterecht en het instellen van een actio mandati of actio socii, deze vorderingen ook kunnen instellen tegenover de beheerders van de dominerende onderneming en de onderneming of ondernemingen die deze onderneming of ondernemingen op hun beurt domineren, die ondernemingen zelf of hun meerderheidsaandeelhouders.

(1) Zie hierover verder: J. RONSE, Algemeen deel van het vennootschapsrecht, p. 455.

(2) Zie nr. 484.

504. Zoals vermeld in nr. 466 wordt in deze verhandeling in principe alleen stilgestaan bij bepalingen die gelden na het tot stand komen van een concern, en niet bij de regels die de concernvorming reglementeren. Toch moet hier worden opgemerkt dat beide aspecten elkaar beïnvloeden. Wanneer bij het tot standkomen van de concernverhouding de waarborgen worden gegeven die het ontwerpstatuut S.E. biedt aan de 'vrije' aandeelhouders (1), waarbij de dominerende onderneming een rendementsverzekering aanbiedt aan de vrije aandeelhouders, lijkt het logisch dat de aandeelhouders die deze bescherming genieten geen actio socii of actio mandati meer kunnen instellen tegen de dominerende vennootschap of haar beheerders. In die gevallen wordt een alternatieve bescherming geboden, die wellicht effectiever is voor de vrije aandeelhouders maar een zwaardere hypotheek legt op de dominerende vennootschap. Wanneer daarentegen alleen een uitkoopmogelijkheid wordt aangeboden, is er geen reden om een beroep op de in nr. 504 voorgestelde aansprakelijkheidsregeling te ontzeggen aan wie verkoos aandeelhouder van de groep te blijven. Deze aansprakelijkheidsregeling beoogt immers geen vorm van vergoeding voor het afhankelijk worden van een onderneming, maar wil slechts een aan concernverhoudingen aangepaste vorm bieden van de actio mandati of actio socii zoals die in elke vennootschap ter beschikking behoren te zijn.

3) procedurale aspecten

505. Zoals inzake misbruik van voorwetenschap geldt ook hier dat, zelfs wanneer een voldoende juridische grondslag voor een vordering aanwezig is, de benadeelden in veel gevallen van een vordering zullen afzien omwille van de daarvoor veroorzaakte kosten, en/of omdat de door de individuele benadeelden geleden schade gering blijft (1). Een misbruik

(1) Zie nr. 423, en inzake de Engelse ervaringen nr. 462.

van meerderheid verschilt evenwel van een misbruik van voorwetenschap. De beoogde sanctie is meestal een vernietigen van een bestreden beslissing, terwijl bij misbruik van voorwetenschap vooral een schadevergoeding zal worden gevorderd (1). Hieruit volgt dat meestal op vordering van één benadeelde die in eigen naam ter verdediging van zijn persoonlijk belang wordt ingesteld, een oplossing kan worden verkregen die aan alle benadeelden voldoening kan geven. Het probleem inzake de procedurekosten betreft daarom niet de vraag hoe kan worden vermeden dat deze kosten oplopen wegens het instellen van een groot aantal vorderingen met eenzelfde oorzaak door verschillende benadeelden (2). De vraag is eerder hoe kan worden vermeden dat een benadeelde die door zijn vordering voor velen een voordeel bekomt, daar alleen de kosten van moet dragen. De eenvoudigste oplossing is dat de kosten voor de rechtsbijstand en alle andere voor de eiser door de procedure veroorzaakte kosten, wanneer een beroep op het enquêterecht, de actio mandati of de actio socii door de rechter wordt ingewilligd, door de verweerders moeten worden gedragen. Misbruik van een dergelijke regeling door het indienen van kennelijk ongegronde vorderingen kan worden vermeden door te bepalen dat deze regeling alleen geldt bij het instellen van een bijzonder onderzoek op grond van het enquêterecht (ongeacht de resultaten van dit onderzoek), of het inwilligen van een actio mandati of actio socii. Daar kan aan worden toegevoegd dat de eisers veroordeeld kunnen worden tot het dragen van de kosten die de procedure voor de verweerders veroorzaakte, en eventueel tot een bijkomende schadevergoeding, wanneer hun vordering kennelijk onredelijk is en van aard om de verweerders te schaden (3). Bij betwistingen over het bedrag van de vergoeding voor de rechtsbij-

(1) Zie nr. 419.

(2) Zie nr. 423.

(3) Eenzelfde regeling wordt voorgesteld in art. 112 van het voorontwerp, en in art. 53 a van de Nederlandse vennootschaps-wet inzake het enquêterecht. Zie hierover W.C.L. van der GRINTEN, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, p. 149 e.v. Deze bepaling heeft in Nederland veel partijen, en vnl. de organisaties die werknemers vertegenwoordigen, in .../...

stand, kan deze worden begroot door de Raden van de Orde van Advocaten (1). Indien een schadevergoeding wordt gevorderd, verdient het aanbeveling om de houders van effecten de bevoegdheid te geven om een class-action in te stellen zoals voorgesteld werd in nr. 423, en om aan de rechter de bevoegdheid te verlenen een vordering ambtshalve tot een class-action uit te breiden. Het voorontwerp voor een hervorming van het Belgisch vennootschapsrecht voorziet belangrijke hervormingen in de hier voorgestane richting inzake de actio mandati, maar voorziet geen voldoende uitgewerkte regeling voor een class-action wanneer de schadevergoeding wordt toegekend. Bovendien zijn geen bepalingen voorzien inzake de hier verdedigde actio socii.

506. Er is geen reden om inzake de bevoegdheidsregeling voor de hier besproken vorderingen af te wijken van art. 574, 1° Ger.Wb. Omwille van de in nr. 522 besproken sensibiliteit in werknemerskringen, verdient het evenwel aanbeveling om telkens wanneer de rechter ambtshalve een van de besproken procedures inzet, of de werknemers een vordering instellen voor de rechtbank van koophandel als tussenkomende partij (2), het arbeidsauditoraat de gelegenheid te geven om de rechtbank te adviseren (3). Het opentrekken van een procedure om bij de uitspraak in de mate van het mogelijke met de belangen van alle betrokken partijen rekening te houden, wordt verder vergemakkelijkt wanneer, vooral bij een actio mandati of actio socii, de rechter de bevoegdheid verleend wordt om de partijen te bevelen bekend te maken dat al wie bevoegd is tot het instellen van de verder gesuggereerde werknemersvordering, kennis kan nemen van het dossier of de door de rechter aan te duiden stukken in het dossier, om, zonder als partij tussen

(3) ./.. hoge mate afgeschrikt. Uit de Nederlandse ervaring zou afgeleid worden dat de voorgestelde regeling het indienen van vorderingen zeker niet overdreven in de hand werkt, en misschien eerder te sterk bemoeilijkt. Zie B.S. FRENKEL, 'Het enquêterecht van de vakbonden', N.J.B. 1975, p. 132 e.v.

(1) Zie art. 447 Ger.Wb.

(2) Zie nr. 522.

(3) Zie ook de nrs. 495 en 496.

te komen in het geschil, opmerkingen over het geschil over te maken aan de rechtbank en de partijen (1). De belangen van de schuldeisers worden ondermeer beschermd door de bevoegdheid van de rechtbank om ambtshalve een faillissement uit te spreken (2).

507. De voorgestelde actio socii is niet de enig mogelijke oplossing voor het behandelde rechtsbeschermingsprobleem. In Engeland heeft men vooral gunstige ervaringen met het voorzien van de mogelijkheid om in sommige gevallen de Board of Trade te verzoeken een onderzoek in te stellen (3). Deze formule biedt als voordelen dat zij weinig formaliteiten en onkosten oplegt aan de verzoekers, dat zij beroep kan doen op bijzonder gekwalificeerde medewerkers, en dat zij afgewikkeld kan worden met een grote discretie, waarmee vermeden wordt dat de onderneming zelf schade lijdt. In België kan voor het organiseren van een gelijkaardig systeem aan verschillende formules worden gedacht. De meest voor de hand liggende is een uitbreiden van de bevoegdheden van de Bankcommissie. Eerder werd er al gepleit tegen een uitbreiden van de bevoegdheden van de Commissie om te voorkomen dat deze instelling verstikt zou worden in een voortdurend groter aantal te behandelen dossiers (4). Een andere oplossing kan geboden worden door een informele procedure voor de rechter, naar analogie met de verder besproken depistage diensten van de rechtbanken van koophandel (5). Daarbij mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat deze depistage diensten werden georganiseerd omdat de rechtbank volgens art.

(1) Zie bij analogie de opmerkingen van lid-Staten bij een procedure voor het Hof van Justitie van de E.G.

(2) Zie verder nr. 593 e.v.

(3) Zie nr. 462.

(4) Thans dient de Commissie al een groot aantal vragen te beantwoorden over de nieuwe regeling inzake de jaarrekeningen. Deze vragen worden evenwel niet op grond van de eigen bevoegdheden van de Bankcommissie gesteld, maar dienen door de Commissie te worden behandeld omdat zij belast werd met het secretariaat van de Commissie voor Boekhoudkundige Normen.

(5) Zie ook nr. 462 en J. STEENBERGEN, R.W. 1975-76, 2326.

442, lid 1 W.v.K. verplicht is om ambtshalve een faillissement uit te spreken wanneer aan de voorwaarden daartoe voldaan is. Hier werd er alleen voor gepleit om de rechter de bevoegdheid te verlenen om, indien hij zulks nuttig acht, een al ingediende vordering ambtshalve uit te breiden tot één van de andere vermelde vorderingen inzake de bescherming van minderheidsaandeelhouders. Wanneer de rechter niet bevoegd is om ambtshalve een procedure in te zetten, lijkt het niet wenselijk om wel een informeel prejudiciëel overleg te organiseren. Op het ogenblik waarop de partijen bij de rechter komen, is al een geschil over de interpretatie van rechtsregels gerezen, zoals in andere geschillen waarover de rechter zich dient uit te spreken. Er is geen reden om de hier behandelde geschillen zo sterk van andere te onderscheiden, en er is geen ruimte meer voor het organiseren van een pré-contentieux. Misbruik van recht verschilt ook van misbruik van voorwetenschap omdat het gedrag dat aan de meerderheid verweten wordt niet altijd met strafbepalingen is gesanctioneerd, noch daarmee gesanctioneerd dient te worden. Het is daarom niet mogelijk, noch wenselijk, om het parket met de opdracht te belasten die in Engeland door de Board of Trade wordt waargenomen. Andere instanties die met deze opdracht belast kunnen worden ontbreken. Daarom verdient het de voorkeur in België op de eerste plaats voor de partijen de weg naar de rechter te vergemakkelijken. Wel kan aan de rechter de mogelijkheid gegeven worden om deskundigen aan te stellen. Het meest aangewezen hiertoe zijn in ons rechtstelsel de leden van het Instituut voor Bedrijfsrevisoren. Maar omwille van de bijzondere ervaring van de Bankcommissie met de hier behandelde problemen, verdient het aanbeveling om in de vennootschapswetgeving te voorzien dat de rechter bij een vordering op grond van het enquêterecht, of een beroep op de actio mandati of actio socii, ofwel een lid van het Instituut van Bedrijfsrevisoren, ofwel de Bankcommissie met een onderzoek kan belasten. Een beroep op de Bankcommissie biedt verschillende bijkomende voordelen: het kan de kosten voor de partijen helpen drukken, en het kan bijdragen tot een grotere coherentie van de rechtspraak in deze delicate materie.

508. Maar de moeilijkheden om een niet gerechtelijke procedure te organiseren in het Belgisch vennootschapsrecht, mag er de betrokkenen niet van weerhouden om, o.m. via arbitrage en bemiddelingsprocedures, naar andere oplossingen te zoeken. Er lijkt hier een belangrijke opdracht weggelegd voor ondernemersorganisaties om via het organiseren van een arbitrage- of bemiddelingsformule en de daarin ontwikkelde jurisprudentie, bij te dragen tot een vlot functioneren van de ondernemingen, en tot een investeringsklimaat dat ook aantrekkelijk is voor hen die geen meerderheidsaandeel in een onderneming wensen te verwerven (1).

Afdeling II. Rechtsmiddelen waarover de werknemers beschikken

509. De mogelijkheden waarover werknemers beschikken volgen hetzelfde patroon als de uitwegen die voor aandeelhouders openstaan (2).

§ 1. Ontslagname in de bedreigde onderneming

510. Een eerste mogelijkheid - die niet veel commentaar behoeft - is het zoeken naar een andere werkgelegenheid. Daarbij rijzen geen rechtsbeschermingsvragen zoals bij het verkopen van aandelen in een onderneming waar moeilijkheden dreigen. Analoge vragen kunnen wel gesteld worden bij het aanwerven van personeel. Het verwekken van overdreven gunstige toekomstverwachtingen kan sollicitanten beïnvloeden en betrekken bij moeilijkheden die zij bij een juiste voorlichting zouden hebben vermeden. Verderrijkende maatregelen dan het ter beschikking stellen van de voor alle werknemers beschikbare inlichtingen over de onderneming, hoeven hier nochtans waarschijnlijk niet overwogen te worden (3). In de

(1) Een regelvorming volgens deze procedure zou bovendien als voordeel hebben dat zij nauwer aansluit bij het onder 4 a₁ van nr. 42 geformuleerde criterium.

(2) Zie, ook nr. 42 inzake de criteria voor het beoordelen van de rechtsbescherming, nrs. 383-384 en 429.

(3) Zie voor deze informaties nrs. 258 e.v. en 346, waarbij .../...

meeste gevallen zal een onderneming die moeilijkheden vreest, het aanwerven van nieuw personeel immers niet eens in overweging nemen.

511. De vraag in hoeverre werknemers in feite ontslag kunnen nemen om in dienst te treden van een andere onderneming, en of zij daarbij verlies lijden, kan onmogelijk in het algemeen beantwoord worden. Misschien hebben zij eerder meer kans om de bedreigde onderneming te verlaten zonder zelf al te veel schade te lijden dan de aandeelhouders. Normaal kan deze uitweg noch de andere belangengroepen, noch de andere werknemers schaden. Het is wel denkbaar dat bij een gespecialiseerd, moeilijk vervangbaar personeel, een sterke tendens tot ontslagname het verder zetten van de bedrijfsactiviteit kan bedreigen, en zo de aandeelhouders, andere werknemers en schuldeisers benadelen. De mogelijkheid om ontslag te nemen is evenwel eigen aan de arbeidsovereenkomst, en bij overeenkomsten van onbepaalde duur is er geen aanleiding voor de onderneming om zich gedurende een bepaalde duur de diensten van werknemers verzekerd te achten. Bij voortijdig beëindigen van overeenkomsten voor bepaalde duur of bepaald werk wordt de verschuldigde vergoeding forfaitair bepaald (1). Het ontslag van moeilijk vervangbaar personeel kan daarom ook een gezonde onderneming bedreigen. Die geringere gebondenheid van werknemers met de onderneming dan de aandeelhouders, die de onderneming slechts kunnen verlaten door de overdracht van hun aandelen of de liquidatie van de onderneming, is een corrolarium van hun minder nauw betrokken worden bij het beleid en de bedrijfsresultaten.

§ 2. Beïnvloeden van het ondernemingsbeleid

1) actiemiddelen van de werknemers

512. Ook de werknemers kunnen via hun vertegenwoordigers

(3) ./.. vooral gelet dient te worden op de doorstromingsmoeilijkheden. Zie daarover O. VANACHTER, l.c.

(1) .../...

in de ondernemingsraad aandringen op bijkomende informatie van de onderneming en de plannen die zij heeft om aan dreigende moeilijkheden het hoofd te bieden (1). De ondernemingsraad kan een revisor aanstellen om na te gaan of de haar mee-gedeelde gegevens juist en volledig zijn. Indien de ondernemingsraad door onenigheid geen revisor kan aanduiden, wordt hij door de bedrijfsraad aangesteld (2). Deze bepalingen, de bepalingen uit de wetgeving op de sluiting van ondernemingen en de rechtsmiddelen waarover de werknemers beschikken om de naleving te bekomen van de vermelde regelingen, werden eerder besproken in de nrs. 260 e.v.

Veel verder dan het vragen van informatie, en het aandringen op het nemen van maatregelen die de positie van de onderneming gezonder kunnen maken, gaan de mogelijkheden van de ondernemingsraad en de syndicale-afvaardiging binnen de onderneming niet. De mate waarin zij het beleid zelf beïnvloeden kunnen, is afhankelijk van de bereidwilligheid van de ondernemingsleiding, en de bekwaamheid en de macht van de werknemersvertegenwoordiging, behalve wanneer de werkgever in rechte afdwingbare verplichtingen niet is nagekomen. Sommige rechtsmiddelen, zoals een vordering op grond van de aansprakelijkheid van werkgevers bij het niet nakomen van wettelijke verplichtingen zoals de informatieplicht (3) worden tot op heden weinig onderzocht. De omvang van deze aansprakelijkheid is trouwens op zijn beurt erg afhankelijk van de opvattingen die men heeft over de plaats van de werknemers in de onderneming.

(1) ./.. Zie art. 24 W. Arbeidsovereenkomst werklieden, zoals gewijzigd door art. 15 W. 21 november 1969 (B.S. 9 januari 1970) en art. 21 W. Arbeidsovereenkomst bedienden, zoals gewijzigd door art. 50 W. 21 november 1969.

(1) Zie o.a. nr. 265.

(2) Zie art. 15 b 2°, 3° en 4° lid van de W. 20 september 1948. Zie voor de bespreking van een verder uitgewerkt enquêterecht: W.C.L. van der GRINTEN, Handboek voor de N.V. en B.V., p. 148 e.v.; E. GULCHER, Het Nederlands enquêterecht, in De onderneming morgen, Economisch en Financiële recht vandaag, III, Gent 1974, p. 125 e.v.; en de eerder teleurstellende toepassingsresultaten inzake werknemers: B.S. FRENKEL, 'Het enquêterecht van de vakbonden', N.J.B. 1975, p. 132 e.v. en J. VAN VLIET, Het recht van enquête en werknemersbelangen, AAe 1976, 1 e.v. Op 1 juli 1975 had de ondernemingskamer in het .../...

De macht van de werknemers in wankelende kleinere ondernemingen is anderzijds dikwijls erg beperkt. Hun sterkste actiemiddelen, zoals bezettingen en stakingen, zijn meestal niet van aard de kredietwaardigheid van een onderneming te vergroten. Het succes van hun actie zal dus afhangen van het vertrouwen dat zij kunnen wekken bij de schuldeisers, of van de steun die zij kunnen verkrijgen van de overheid om met de garanties van overheidssteun het vertrouwen in de onderneming te bevestigen. De rol van de overheid in deze moeilijkheden zal verder nog ter sprake komen. Maar het hoeft geen betoog dat de overheid meer prijs zal stellen op het verder functioneren van een onderneming naarmate de invloed van die onderneming op het nationale of regionale sociaal-economische evenwicht groter is. Daarom hebben vooral grotere ondernemingen en ondernemingen in probleemgebieden of probleemsectoren kans op overheidssteun. Wanneer een onderneming in verschillende staten vestigingen heeft, of zelfs verbonden is met verschillende andere ondernemingen die in dezelfde staat gevestigd zijn, stelt het gebrek aan internationale, en zelfs aan interregionale of intersectoriële samenwerking nog bijkomende problemen.

513. Zonder dat reeds duidelijk is welke oplossingen zullen weerhouden worden, kan nu al gezegd worden dat verschillende Europese initiatieven de werknemers veel rechtstreeks bij de leiding van de onderneming zullen betrekken wat het hier geschetste beeld ingrijpend kan veranderen (1).

(2) Hof te Amsterdam 22 zaken behandeld of in behandeling waarvan niet één zaak door de werknemers werd ingeleid. Zie ook art. 97 e.v. ontwerpstatuut van de S.E.

(3) Zie nrs. 260 e.v.

(1) Zie hiervoor o.a. het ontwerp vijfde richtlijn over de structuur van de N.V. en vooral het ontwerpstatuut S.E. en verder de richtlijn van 14 februari 1977 over het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen of onderdelen daarvan, Publ. E.G. 5 maart 1977, nr. L 61/26. Zie inzake transnationale ondernemingen, de onder nr. 200 vermelde gedragscode. Zie vooral voor een uitvoerige studie van de Commissie van E.G. met een overzicht van de oplossingen .../...

Deze voorstellen beogen meestal naast een betere informatie van de werknemers, het verder organiseren van het overleg tussen werknemers en werkgevers in een ondernemingsraad, en het betrekken van de werknemers bij het toezicht op het beleid van de vennootschap. Alleen wanneer voor belangrijke beslissingen de instemming van de ondernemingsraad vereist wordt, en de werknemers of de commissarissen die hun vertrouwen genieten over ten minste de helft van de stemrechten in de ondernemingsraad beschikken, kunnen de werknemers evenwel een beslissing blokkeren die hen zou schaden (1). Het ontwerpstatuut voor een S.E. gaat evenwel verder, omdat het ook een concern-ondernemingsraad en een geschillenbeslechtsingsprocedure in ondernemingen en concerns organiseert voor het oplossen van geschillen tussen het bestuur en de ondernemingsraad, of tussen verschillende raden die de werknemersvertegenwoordigen. Voor het beslechten van deze geschillen opteert het voorstel voor een arbitragecollege dat paritair is samengesteld door de ondernemingsraad en het bestuur, met een door hen samen

(1) ./.. in de lid-Statuten en van de voorstellen van de Commissie, 'Medezeggenschap van werknemers en structuur van de vennootschap', Bull. E.G. Suppl. 8/75. Zie verder voor een uitvoerig rechtsvergelijkend overzicht: E. COTTELY, Trasfondo social, economico, juridico, normas legales y formas estructurales de la participacion de las fuerzas laborales en las empresas, Org. Techint, Boletin Informativo nr. 199, Buenos Aires 1975; en meer algemeen: R. HENRION, 'Tendances générales en matière de participation', in De Onderneming morgen, Economisch en Financieel recht vandaag, III, Gent 1974, p. 10 e.v. Zie voor een overzicht inzake Duitsland: E.P. de JONG, Mitbestimmung en medezeggenschap, N.J.B. 1974, p. 965 e.v. en 977 e.v. en T. RAISER, Das neue Mitbestimmungsgesetz, N.J.W. 1976, 1337. Voor Frankrijk het belangwekkende rapport van de commissie voorgezeten door P. SUDREAU, Rapport du comité d'étude pour la réforme de l'entreprise, Paris 1975.

(1) Het voorstel voor een statuut voor de S.E. voorziet in zijn laatste redactie een regeling die dit doel dicht benaderd, vermits voorgesteld wordt dat aandeelhouders en werknemers elke een derde van de leden van de raad van toezicht aanstellen, die daarna samen een derde van de leden coöpteren. Zie art. 74 inzake de samenstelling en art. 66 inzake beslissingen van het bestuur die door de raad van toezicht goedgekeurd dienen te worden.

of door de rechter benoemde onpartijdig voorzitter (1).

2) invloed van deze rechtsmiddelen op het belangenevenwicht

514. Zoals vermeld kunnen de werknemers slechts indirect het beleid van de onderneming beïnvloeden. Indien zij voorstellen formuleren die bij kunnen dragen tot een rechtekken van de financiële toestand, is zulks uiteraard mede in het belang van de andere belangengroepen. Of deze voorstellen van aard zijn een belangenconflict te creëren binnen de werknemersgroep, is afhankelijk van hun inhoud (bijv. voorstellen om het personeelsaantal geleidelijk te verminderen, enz...). Voorstellen die op sterk verzet stuiten bij een deel van de werknemers, kunnen hen alleen raken wanneer zij worden overgenomen door de werkgever, en indien zij de inhoud van de arbeidsovereenkomsten zelf betreffen, alleen wanneer zij via de collectieve besluitvormingsprocedures overgenomen worden in de arbeidsovereenkomst, of wanneer de werkgever besluit het personeel collectief te ontslaan en slechts tegen gewijzigde voorwaarden opnieuw aan te werven. De praktische draagwijdte van de werknemersvoorstellen is dan alleen hun inspirerend effect en het doorbreken van de werknemerssolidariteit, waardoor een eensgezind verzet van de werknemers tegen deze maatregelen uitgesloten wordt. Of het doen van dergelijke voorstellen opportuun en/of billijk genoemd kan worden, is eerder een vraag van syndicale politiek dan een rechtsbeschermingsvraag. Omgekeerd kan het ontbreken van medebeslissingsrecht tot moeilijkheden leiden wanneer de voorstellen van de werknemers niet worden aanvaard, en de onderneming een beleid blijft voeren dat schadelijk wordt geacht voor de belangen van de werknemers als groep. De positie van de werknemers is

(1) Omwille van het delicaat politiek evenwicht dat in deze materie moet worden nagestreefd, en de uiteenlopende tradities in de verschillende lid-Statens, lijkt het ondanks het ontbreken van een bevredigende Belgische regeling niet vereist om zoals in §1 van dit hoofdstuk inspiratie te zoeken bij buitenlandse regelingen.

dan vrij zwak. Zij kunnen proberen anderen, en vooral de overheid, ertoe te bewegen druk uit te oefenen op de onderneming, en eventueel daartoe trachten de publieke opinie te mobiliseren (1). Indien zij zo niet het gestelde doel bereiken, resten er hen weinig andere conventionele drukkingsmiddelen dan stakingsvormen. Hierdoor bespoedigen zij evenwel meestal het einde van de onderneming, dat zij juist willen helpen vermijden. Wel kan hier worden opgemerkt dat een dergelijke actie die tot de sluiting van de onderneming leidt, ondanks de schade die anderen zo wellicht lijden, niet als een ernstige verstoring van het belangenevenwicht kan worden beschouwd, vermits zij slechts de loop versnelt van toch onafwendbare, onafgewende of zelfs geplande gebeurtenissen.

515. De overheid kan in deze conflicten bemiddelen en alleen indien aan de toepassingsvoorwaarden voor het faillissement voldaan is, een verandering van het beheer forceren. Hier moet evenwel al worden opgemerkt dat na een faillissement het beheer wordt uitgeoefend door een curator onder toezicht van de rechter-commissaris, en na een gerechtelijk akkoord door het beheer van de onderneming onder toezicht van een commissaris en een rechter-commissaris (2). In beide gevallen kan alleen een vereffening worden vermeden wanneer de schuldenaar niet vervolgd wordt of veroordeeld is wegens bedrieglijke bankbreuk (3), of te goeder trouw is (4), en

(1) In dit verband dient herinnerd te worden aan de eerder vermelde discretieplicht van de leden van de ondernemingsraad, zie hierover o.a. O. VANACHTER, R.W. 1973-74, l.c.

(2) W.v.K. art. 444, 463, 466, 470 en art. 30 van het RB. 25 september 1946 houdende de gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord (B.S. 11 oktober 1946).

(3) Art. 514 W.v.K.

(4) Art. 2 § 1 in fine RB. 25 september 1946.

daarover een akkoord kan worden bereikt met de curator of de schuldenaar en de meerderheid van de schuldeisers (1). Ook na het inzetten van de collectieve procedures beschikken de werknemers dus over geen enkele vorm van medebeslissingsrecht, behalve in de mate waarin zij ook schuldeisers zijn. Hierbij moet er op gewezen worden dat de werknemers meestal zullen zijn uitbetaald door het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers (2). Het Fonds treedt dan van rechtswege in de rechten en verplichtingen van de werknemers (3). Het kan zo een belangrijk orgaan zijn om de vertegenwoordiging van de werknemers in een faillissement te organiseren. Tot nu toe komt het nochtans niet actief tussen, en beperkt het zich tot het indienen van de vorderingen van de werknemers als gesubrogeerd schuldeiser, of het uitoefenen van de door hem ingediende vorderingen (3). Via verschillende formules die uitgewerkt of voorgesteld werden om een vermogensaanwasdeling te bereiken, of stock-option plans, kunnen de werknemers in sommige gevallen bovendien als aandeelhouders, of althans houders van door de onderneming uitgegeven effecten, het beleid van de onderneming mee bepalen zoals beschreven werd in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk (4). Alleen het verder te bespreken ontwerp inzake beheer met bijstand voorziet voor ondernemingen van bijzonder nationaal, regionaal of sectoriëel belang, een initiatief voor de werknemers, dat door de rechtbank kan worden opgevolgd ook zonder de instemming van de aandeelhouders of de schuldeisers.

(1) Zie art. 2 W. 30 juni 1967.

(2) Zie art. 8 W. 30 juni 1967.

(3) Volgens door de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening meege-deelde statistieken schommelt het percentage van de zo gerecupereerde uitbetalingen in de periode tussen 1969 en 1974 tussen de 0,86 en 38,52 % per jaar.

(4) Zie inzake vermogensaanwasdeling: Bull. E.G. Suppl. 8/75, p. 35 e.v., 37 e.v. en de beschrijving van de regels die terzake in de lid-Statens gelden. Zie verder voor een uitgebreid overzicht het bijzonder nummer van de N.V. 1976, p. 125 e.v. met bijdragen van W.C.L. van der GRINTEN, F. HARTOG, S.E.J. KEYSER, D.A.M. MEELES en B. PRUYT; en voor Frankrijk: H.M. ALFARÉS CORREA, 'De Franse werknemer, aandeelhouder in de eigen onderneming', T.V.V.S. 1975, 66 e.v.; J.W.H.M. GERAERTS, .../...

516. Omwille van de zwakke positie van de werknemers hoeft het niet te verwonderen dat zij de laatste jaren nieuwe actiemiddelen zochten zoals bedrijfsbezetting, waarbij de werknemers soms de ondernemingsactiviteit verder zetten (1). Vermits deze actievormen niet tot de rechtsmiddelen gerekend kunnen worden waarover de werknemers in een onderneming in moeilijkheden beschikken, kunnen zij hier niet verder worden behandeld. Zij werpen evenwel een licht op een zwak punt in het economisch recht, en kunnen indien zij frekwent worden toegepast, het klimaat waarin een oplossing moet worden gezocht voor ondernemingen in moeilijkheden, ingrijpend wijzigen.

(4) ./.. 'De wettelijke regeling van de vermogensaanwasdeling in Frankrijk', de N.V. 1975, p. 78; voor Nederland verder: A.N. HUIZENGA, 'Het ontwerp wet op de vermogensaanwasdeling en art. 165 G.W.', N.J.B. 1977, p. 288 e.v.; zie voor stock-option plans: J.A. ENGELS jr., 'Stock option plans as a compensationdevice in the U.S.A.', Rev. Banque 1969, p. 229 e.v.

(1) Zie over de veel besproken Lip-affaire: H.M. ALVARES CORREA, 'Franse horloge fabriek LIP tussen kapitalisme en syndicalisme', T.V.V.S. 1976, p. 177 en Liaisons Sociales, 1195-1197 en 1201-1208. Zie voor gelijkaardige acties in het Verenigd Koninkrijk: B. SPENCER, 'Case for workers' take-over: G.E.C. & U.C.S.', Political Quarterly, 43 (1972), p. 425 e.v.; WHITELEY, 'Triumph workers occupy Meriden cycle factory', The Guardian, 10 november 1973; P. CARTWRIGHT, 'The Meriden workers cooperative plan', The Financial Times, 3 december 1973. Zie voor België: Rb. v. Kph. Hasselt, 1 maart 1976, R.W. 1976-77, 104; Arb. Rb. Charleroi, 29 oktober 1973, J.T.T. 1974, p. 75 e.v.; Arb. Rb. Brussel, 5 februari 1973, J.T. 1973, p. 125 e.v. waar telkens geoordeeld werd volgens een klassieke opvatting over de onderneming en het eigendomsrecht; - zie Rb. v. Kph. Nijvel, 19 december 1974, J.T. 1975, p. 428 en Pro Justitia 1973, 2 met noot C. GEORGES, waarbij door de rechtbank een werknemerscomité aangesteld werd om de curator bij te staan bij het verderzetten van de ondernemingsactiviteit op grond van art. 475 W.v.K. Een andere benadeling van de onderneming blijkt ook uit: Arb. Rb. Hasselt, 13 januari 1977, R.W. 1976-77, 2607, zonder dat evenwel de vakbondsactie anders werd beoordeeld, wat eerder het geval was in de beschikking van de Voorz. Arb. Rb. Namen, 11 februari 1976 (onuitgeg.), besproken door M. TAQUET en C. WANTIER, J.T.T. 1977, p. 192 en 'Occupation d'entreprise et droit social', Le Soir, 7/8 maart 1976. Zie over bedrijfsbezetting verder met een pleidooi voor het herdenken van het eigendomsrecht en het ondernemingsbegrip: W. VAN GERVEN, R.W. 1976-77, 66 e.v.; F. VAN NESTE, R.W. 1975-76, 2601 e.v.; L. DE SCHRIJVER, 'Recht op arbeid, meer dan een prestige zaak', R.W. 1976-77, 1346; M. TAQUET en C. WANTIER, 'De la licéite de l'occupation de l'usine', J.T.T. 1977, p. 189, achten bedrijfsbezetting slechts geoorloofd .../...

517. Tenslotte moet hier nog worden stilgestaan bij de situatie waarin de bedrijfseconomische moeilijkheden eerder ontstaan of verscherpt worden door de acties van de werknemers, dan door het beleid van de onderneming of het aandringen van de schuldeisers op een vereffening. In dit geval veroorzaken de werknemersacties wel een duidelijk belangenconflict. Maar welke ook de objectieven van hun actie wezen, ook hier geldt dat deze acties minder als een aanwenden van rechtsmiddelen dan als het uitoefenen van een feitelijke macht moeten worden beschouwd. Dit beperkt onmiddellijk sterk de effectiviteit van de verweermiddelen waarover de andere groepen beschikken, indien zij niet in staat zijn om de ondernemingsactiviteit zonder de bij de actie betrokken werknemers verder te zetten. Er bestaat bovendien een analogie tussen deze collectieve actievormen en de in een vorige alinea vermelde situatie, waarin een onderneming met moeilijkheden geconfronteerd wordt wegens het individuele ontslag van moeilijk vervangbare werknemers. Vermits de werknemers niet betrokken zijn bij de leiding van de onderneming, zijn zij voor het gevoerde beleid ook niet aansprakelijk. Daarmee hangt samen dat zij van hun actiemiddelen ook niet dienen in te passen in dat beleid. Integendeel, vermits zij actie voeren om het beleid om te buigen in een richting die hun belangen beschermt, is het normaal dat hun acties een belangenconflict tot uitdrukking brengen. De aansprakelijkheid van de werknemers kan daarbij alleen worden beoordeeld in functie van de contractuele verbintenissen die volgen uit hun arbeidsovereenkomst (1), en van de algemene zorgvuldigheidsplicht die gesanctioneerd wordt in art. 1382 e.v. B.W. De concretisering van de zorgvuldigheid die van hen mag

(1) ./.. wanneer de werkgever het recht van de werknemers op onderhandelen miskende. R. BLANPAIN, 'Staking, lock-out, bezetting', juridisch maatschappelijk standpunt, Ondernemen 1977, p. 171 e.v., betwijfelt vooral de sociaal-economische opportuniteit van bedrijfsbezettingen.

(1) Zie hierover: J. STEYAERT, 'Arbeidsovereenkomst', in A.P.R. Gent 1973, p. 139 e.v.

worden verwacht, is afhankelijk van het ondernemingsbegrip dat wordt gehanteerd. Wanneer de werknemers eerder als contractpartners dan als leden van de onderneming worden beschouwd, mag van hen geen meer dan gewone zorgvuldigheid in hun relaties met de onderneming worden verwacht. Hun loyau-teitsplicht is dan afhankelijk van wat in hun contract werd gestipuleerd (o.a. in niet-mededingingsclausules), en contractuele wanprestaties worden meestal gesanctioneerd door een opzeggen van het contract door de werkgever. Steeds nadrukkelijker wordt de onderneming evenwel gezien als een werkeenheden van kapitaalverstrekkers en werknemers, die samen goederen produceren of distribueren, of diensten verzekeren, waarbij het gemeenschappelijk doel en de gemeenschappelijke opdracht richtinggevend zijn voor de interpretatie van de bevoegdheden van de betrokkenen (1). Naarmate deze opvatting de beschikkingsbevoegdheid van de aandeelhouders niet alleen beperkt omwille van hun verbintenissen tegenover andere aandeelhouders (2), maar ook omwille van hun verplichtingen tegenover de onderneming in haar geheel, en dus ook tegenover de werknemers (3), mag worden verwacht dat ook hogere eisen zullen worden gesteld aan de zorgvuldigheid die een onderneming van haar werknemers mag verwachten (4).

(1) Zie nrs. 57 en 60. Zie over dit herdenken van de onderneming: W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 30 e.v.; R.W. 1976-77, 65 e.v. en 'Overleg binnen de onderneming en (nogmaals) bedrijfsbezetting', R.W. 1976-77, 2610 e.v.; - A. VAN MENDEL, T.P.R. 1968, p. 326 e.v.; - F. VAN NESTE, R.W. 1975-76, 2601 e.v.; - L. DE SCHRIJVER, R.W. 1976-77, 1346 e.v. Zie verder nr. 438 in fine en nr. 516.

(2) Zie hierover onder nr. 438.

(3) Zie Voorz. Rb.v.Kph. Antwerpen, 17 juli 1958, R.C.J.B. 1959, p. 359 met noot A. DE BERSAQUES; Rb.v.Kph. Nijvel, 19 december 1974, J.T. 1975, p. 428; Arb. Rb. Hasselt, 13 januari 1977, R.W. 1976-77, 2607 e.v.; zie ook voorlaatste voetnoot; en J. MERTENS de WILMARS, R.W. 1976-77, 271 e.v.; M. STORME, R.W. 1958-59, 256 e.v.; R. VANDEPUTTE, Le statut de l'entreprise, vnl. p. 81 e.v.

(4) Zie hierover W. VAN GERVEN, R.W. 1976-77, 72 en 74 e.v.

3) besluit

518. Beslissingen van de bedrijfsleiding en acties van de werknemers kunnen belangenconflicten veroorzaken met andere groepen in de onderneming zonder dat procedures voorhanden zijn waarin een groep handelingen kan aanvechten die haar belangen bovenmatig schaden. Dat ook het faillissementsrecht hier tot op heden niet in voorziet, hoeft niet te verwonderen. Het faillissementsrecht sluit hierin vrij consequent aan bij de oude opvatting over de onderneming waarin de werknemers eerder als contractpartners-schuldeisers dan als leden van de onderneming worden beschouwd. Het probleem stelt zich trouwens niet alleen in een faillissementscontext.

- een werknemersvordering

519. De enige bevredigende algemene oplossing lijkt het invoeren van een vorderingsrecht voor de werknemers om beslissingen van het beheer of de algemene vergadering van de onderneming aan te vechten wanneer de onderneming in vennootschapsvorm is georganiseerd, en van de werkgever wanneer de onderneming niet is geïncorporeerd in een vennootschap (1). De Britse ervaring met de door de werknemers nooit aanvaarde Industrial Relations Act (2), en de Nederlandse ervaringen met het enquêterecht, dat door de werknemers eerder geschuwd wordt (3), waarschuwen tegen een overdreven optimisme, en wijzen er in tegendeel op hoe moeilijk het is om delicate conflicten in een onderneming door derden te laten beslechten.

(1) Vergelijk het voorstel voor een statuut voor de S.E., inz. art. 128 e.v. en 136. Zie vooral het pleidooi van L. DE SCHRIJVER, R.W. 1976-77, 1368 en ook W.J. SLAGTER, Een beroepsrecht voor de ondernemingsraad, T.V.V.S., 1975, p. 158 e.v., en R. VANDEPUTTE, Le statut de l'entreprise, p. 99 e.v.

(2) Zie hierover J. DONALDSON, Lessons from the Industrial Court, L.R.Rev. 91 (1975), p. 181 e.v.

(3) Zie B.S. FRENKEL, N.J.B. 1975, p. 132 e.v. en J. VAN VLIET, AAe, 1976, p. 1 e.v.

Maar een rechtssysteem is het aan zichzelf verplicht om ten minste de mogelijkheid te bieden om de rechten die het toekent af te dwingen (1).

520. De werknemersvordering kan worden toegekend aan de meerderheid van de werknemersvertegenwoordiging in de ondernemingsraad, en aan de syndicale afvaardiging, omdat zij door de werknemers of gesyndiceerde werknemers afgevaardigd zijn om in hun naam overleg te plegen met werkgever over het beleid van de onderneming. Het verdient evenwel de voorkeur om deze vordering ook toe te kennen aan bijv. elke groep van 10 werknemers in ondernemingen waarin geen ondernemingsraad of syndicale afvaardiging is samengesteld (2). Om belangenconflicten tussen werknemers te vermijden, en het aanwenden van deze vordering zoveel mogelijk in te passen in de collectief arbeidsrechtelijke verhoudingen, lijkt het daarentegen minder aangewezen deze vordering ook toe te kennen aan individuele werknemers. Om de in nr. 504 aangehaalde redenen

(1) Zie over de gewijzigde opvatting van de onderneming, de rechtspraak geciteerd onder nr. 438 in fine en onder nr. 516. Zie over de criteria voor het beoordelen van de rechtsbescherming nrs. 10 en 42.

(2) Zie daarentegen een uitspraak waar eerder een onderscheid werd bepleit tussen grotere en kleinere ondernemingen: Arb. Rb. Hasselt, 13 januari 1977, R.W. 1976-77, 2601. Dat het in een kleinere onderneming misschien minder dikwijls nodig zal zijn om de besproken vorderingen in te stellen, of moeilijker kan zijn om in het beheer in te grijpen op dezelfde wijze als in grotere ondernemingen, lijkt geen voldoende reden om geen vordering te voorzien voor de bescherming van werknemers in kleinere ondernemingen.

verdient het aanbeveling deze vordering ook toe te kennen aan de werknemers van verbonden of afhankelijke ondernemingen (1) tegenover de dominerende onderneming, en de onderneming of ondernemingen die deze onderneming of ondernemingen op hun beurt domineren (2).

521. De vordering kan worden georganiseerd naar het model van de eerder voorgestelde actio socii, om toe te laten beslissingen aan te vechten van het beheer of de algemene vergadering van een vennootschap, of van de werkgever wanneer de onderneming niet in een vennootschap werd geïncorporeerd, die genomen werden in strijd met bepalingen van dwingend recht, met de statuten van de vennootschap, met de goede trouw die vereist is bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomsten, of die genomen werden met misbruik van recht of afwending van bevoegdheid. Omdat de rechtsopvattingen inzake de verplichtingen van een onderneming tegenover haar werknemers evenwel minder ver ontwikkeld zijn dan deze over de verbintenissen van aandeelhouders tegenover de vennootschap waarvan zij deel uitmaken, dient de exemplatieve uitwerking van deze regel beperkter te blijven dan bij de actio socii. In ieder geval kan worden verwezen naar de criteria inzake misbruik van recht, omdat deze zelfs gelden wanneer het doelgebonden karakter van de bevoegdheden van de ondernemingsleiding niet worden aanvaard (3). Als voorbeelden kunnen dan worden vermeld: elk beleid dat gevoerd wordt met, of elke beslissing die genomen wordt (i) met als enig oogmerk de werknemers te schaden, of die (ii) de werknemers benadeelt terwijl de ondernemingsleiding het voor de onderneming, haar leiding of aandeelhouders beoogde doel ook kan bereiken met middelen die de werknemers niet in dezelfde mate benadelen,

(1) Zie nr. 467.

(2) Zie inzake de bevoegdheid voor de rechter om ambtshalve beslissingen van vennootschappen aan te vechten, nrs. 495 en 496.

(3) W. VAN GERVEN, R.W. 1976-77, 73.

of nog (iii) wanneer beslissingen genomen werden die de onderneming, haar leiding of aandeelhouders, een voordeel brengen dat niet in een redelijke verhouding staat tot de door de werknemers geleden schade. Wanneer het doelgebonden karakter van de bevoegdheden van de ondernemingsleiding wel wordt aanvaard, dan wint vooral het derde element aan belang. De rechter dient over de bevoegdheden te beschikken die werden voorgesteld inzake de actio socii in nr. 500.

522. Ook inzake de procedurale aspecten kan terug verwezen worden naar wat gesteld werd in nr. 505 e.v. Ondanks de weerstand tegenover de Industrial Relations Act, wijst de Britse (korte) ervaring met het Industrial Court erop dat een rechtbank een belangrijke rol kan spelen bij het oplossen van conflicten tussen werknemers en de ondernemingen die hen te werk stellen. De voorzitter van het Industrial Court oordeelde in een artikel dat deze resultaten konden worden bereikt omdat de procedure bijzonder eenvoudig en goedkoop werd gehouden, en het Hof evenzeer adviserend en bemiddelend als werkelijk geschillenbeslechtend tussenkwam (1). Toch lijkt het inzake een werknemersvordering, evenmin als inzake de actio socii, aangewezen om een precontentieuze procedure te organiseren naar analogie met de depistagediensten. De partijen hebben immers de gelegenheid om eerst met de rechtbank het terrein te verkennen door een beroep te doen op het enquêterecht, wanneer het niet aangewezen lijkt om al een vordering in te stellen om specifieke maatregelen te doen nemen waarmee ingegrepen wordt in het beleid van de onderneming. Om de rechtbank deze mogelijkheid te bieden wanneer de partijen hiertoe geen initiatief nemen, werd er voor gepleit om ook bij het instellen van een actio socii of een werknemersvordering, de rechter de bevoegdheid te geven de maatregelen te nemen waartoe hij bevoegd is wanneer beroep wordt gedaan op het enquêterecht. Zowel bij een beroep op een enquêterecht, als bij het

(1) Zie J. DONALDSON, l.c.

onderzoeken welke maatregelen genomen dienen te worden na het instellen van een actio socii of een werknemersvordering, zal er een open overleg nodig zijn tussen de rechtbank en de partijen. Dit kan een informeler karakter geven aan de procedure, en de gelegenheid geven aan de rechtbank om eventueel in de raadkamer bepaalde oplossingen aan de partijen te suggereren (1). De assisterende en adviserende rol die de rechtbank van koophandel soms op zich neemt, en die de werking van het Industrial Court in aanzienlijke mate vergemakkelijkte, kan hier goeddeels worden waargenomen door het arbeidsauditoraat en de werknemerssyndicaten, die deze opdracht ook in andere arbeidsrechtelijke geschillen vervullen. Een delicaat punt betreft de vraag voor welke rechtscolleges deze vordering moet worden behandeld. Omwille van de analogie in de te behandelen problemen met de actio socii en actio mandati, en de overweging dat gelijkaardige vragen zoveel mogelijk door dezelfde colleges behandeld dienen te worden (2), lijkt vooral de rechtbank van koophandel aangewezen. Tot op heden hebben deze rechtbanken trouwens een even belangrijke bijdrage geleverd tot het herdenken van de positie van de werknemers in de onderneming als andere colleges, zoals de arbeidsrechtbanken (3). De vragen die beantwoord dienen te worden zijn trouwens niet op de eerste plaats vragen van arbeidsrecht, maar betreffen eerder de wisselwerking tussen arbeidsrecht en vennootschapsrecht. Om het vertrouwen van de werknemers in de voorgestelde procedure te versterken, verdient het nochtans de voorkeur om deze vorderingen in te laten stellen voor de arbeidsrechtbank die bevoegd is om over de arbeidsovereenkomst

(1) Zie ook nr. 500 in fine.

(2) Zie nr. 44 e.v.

(3) Zie nr. 517; zie o.a. L. DE SCHRIJVER, R.W. 1976-77, 1355.

te oordelen (1). Op deze regel dient evenwel een uitzondering te worden gemaakt wanneer werknemers een werknemersvordering wensen in te stellen om beslissingen aan te vechten die al beoordeeld worden voor de rechtbank van koophandel in een procedure betreffende het enquêterecht, een actio mandati of actio socii. Ook wanneer zij zich niet wensen te beperken tot het formuleren van opmerkingen (2), lijkt het, zoals trouwens voorzien wordt in artikel 565, 5° Ger.Wb., aangewezen in dat geval de rechtbank van koophandel uitsluitend bevoegd te achten om over deze vordering te oordelen, zelfs wanneer zij niet formeel als een vordering in tussenkomst wordt ingesteld (3).

- het enquêterecht

523. De Belgische regeling is op dit punt bevredigender dan inzake de werknemersvordering wanneer in de onderneming een ondernemingsraad moet worden samengesteld, maar blijft voor verbetering vatbaar. Daarom wordt hier voorgesteld het in de nrs. 493 e.v. en 503 voorgestelde enquêterecht ook toe te kennen aan de in nr. 520 aangeduide werknemers of werknemersvertegenwoordigers. Inzake de procedureregeling kan worden terug verwezen naar de nrs. 506 e.v. en 522.

- vertegenwoordiging van de werknemers in een
faillissementsprocedure

524. Ook zonder een werkelijke hervorming van het faillissementsrecht of het vennootschapsrecht, kan de vertegenwoordiging van de werknemers als groep aanzienlijk worden verbeterd door het in nr. 515 besproken hiertoe aan te wenden.

(1) Zie over de weerstand waarop het beoordeelen van deels arbeidsrechtelijke vragen door rechtbanken van koophandel ook in de rechtspraak stuit: B. van de WALLE de GHELCKE en J. STEENBERGEN, 'Bevoegdheid van de rechtbank van koophandel inzake faillissement: de wet van 24 maart 1975 tot wijziging van art. 574, 2° lid Ger.Wb.', R.W. 1975-76, 239 e.v. Zie ook nr. 54.

(2) Zie het voorstel in nr. 506.

(3) Zie onder nr. 506.

In de hier besproken rechtsbeschermingsoptiek, dient het Fonds hiertoe overleg te plegen met de vertegenwoordigers van de werknemers in de betrokken ondernemingen.

- aansprakelijkheid van de werknemers

525. Het moeilijkste probleem inzake rechtsbescherming is ongetwijfeld dat aan een sterker benadrukken van de aansprakelijkheid van de werkgever, een aansprakelijkheid van de werknemers dient te beantwoorden. De sociale verhoudingen kennen evenwel een moeizame, zelden rechtlijnige, evolutie. Het is onvermijdbaar dat dit ook in de ontwikkeling van de rechtsbescherming bij ondernemingen in moeilijkheden tot uitdrukking komt. Vandaar dat nu al gewerkt is aan een versterken van de positie van de werknemers door het uitbouwen van een wetgeving tot bescherming van de werknemers bij sluiting van een onderneming (1), terwijl nog geen sprake is van een eventuele aansprakelijkheid van de werknemers bij het onvermijdbaar maken van een faillissement. Een behoorlijk uitgebouwde rechtsbescherming vergt een vordering tot staken voor de werkgever bij de arbeidsrechtbank om de werknemers te horen veroordelen tot het stopzetten van bepaalde acties. Wegens het ontbreken van de rechtspersoonlijkheid van de werknemersgroep en hun vertegenwoordigers, is dit evenwel praktisch moeilijk verwezenlijkbaar. Wel kan er aan worden gedacht de werkgever de mogelijkheid te bieden om een vordering in te stellen tot het staken van bepaalde acties, tegen de werknemersvertegenwoordiging in de ondernemingsraad of tegen de syndicale afvaardiging, zoals voor deze werknemersvertegenwoordigingen de bevoegdheid tot het instellen van vorderingen werd voorgesteld. Theoretisch kunnen deze vertegenwoordigingen ook tot het betalen van een schadevergoeding worden veroordeeld, die dan desgevallend door hen op anderen kan worden verhaald.

(1) Zie bijv. W. 28 juni 1966, B.S. 2 juli 1966 en W. 30 juni 1967, B.S. 13 juli 1967.

Een dergelijke vordering tot schadevergoeding kadert evenwel moeilijk in de politieke praktijk van de collectieve arbeidsverhoudingen. Het arbeidsrecht wordt trouwens gekenmerkt door een uitgebouwd systeem van forfaitaire vergoedingen. In deze geest kan worden overwogen om aan de rechter de bevoegdheid te verlenen om te oordelen dat de werknemers in een onderneming het recht op een uitkering van het in nr. 515 besproken Fonds verliezen, waarmee zij doorgaan met bepaalde acties ondanks een bevel tot staken dat werd gegeven door de rechtbank op vordering van de werkgever. Belangrijk is daarbij vooral hoe de werkgeversvordering omschreven wordt. Formeel erkent het Belgische recht geen stakingsrecht (1). Algemeen wordt evenwel aangenomen dat in sommige gevallen de werknemers de vrijheid bezitten om in groep het werk neer te leggen om hun eisen kracht bij te zetten, zonder dat dit contractbreuk kan worden genoemd (2). Daarom kan weliswaar niet gesproken worden van een demand-right, maar toch van een faculteit of althans een immuniteit in hoofde van de werknemers (3). De bevoegdheid van de rechter om een werknemersactie te beoordelen mag daarom niet verder gaan dan een marginale toetsing, wil een aantasten van het stakingsrecht vermeden worden. Het verdient daarom aanbeveling de werkgever een vordering te verlenen waarbij de arbeidsrechtbank bevoegd is om de werknemersvertegenwoordigers in de ondernemingsraad, de syndicale afgevaardigden, of zelfs niet met name vernoemde werknemers te verplichten een bepaalde actie stop te zetten wanneer deze actie misbruik maakt van de actiemogelijkheden van de werknemers of gevoerd wordt met afwending van

(1) J. STEYAERT, o.c., p. 276 e.v.

(2) Zie J. STEYAERT, l.c. Zie o.a. Arb.Hof Brussel, 5 februari 1973, J.T. 1973, p. 125.

(3) Zie voetnoot onder nr. 438.

bevoegdheid (1). Van Gerven is evenwel van oordeel dat wel sprake kan zijn van een stakings- of bezettingsrecht, maar niet van afwending van bevoegdheid, omdat het stakingsrecht in tegenstelling tot het eigendomsrecht op de productiegoederen in een onderneming, niet in het belang van de onderneming werd gegeven (2). Dit kan niet erg overtuigen. Op de eerste plaats is het onderscheid tussen afwending van bevoegdheid en misbruik van recht niet zo scherp inzake niet-discretionaire subjectieve rechten in de onder nr. 438 geschetste systematiek. Bovendien kan het niet overtuigen dat het stakings- of bezettingsrecht niet doelgebonden zijn. Zij zijn gegeven ter bescherming van het eigen belang van de begunstigten, maar om hun positie in de onderneming, of althans in het nationaal economisch apparaat te beschermen. In die zin zijn het stakings- en bezettingsrecht niet volkomen discretionair. Of wanneer zij vooral als immuniteiten worden beschouwd, niet onbegrensd. Er kan daarom sprake zijn van afwending van bevoegdheid, maar bovendien, en ook in zoverre deze 'rechten' wél discretionair zijn, van misbruik van recht. Het verdient daarom bij wijze van voorbeeld de geldende criteria inzake misbruik van recht te hernemen (3). Dan kan, bijv., het staken worden bevolen van werknemers acties die als enig oogmerk hebben anderen te schaden, een actiemethode volgen die de werkgever meer schade berokkent dan andere methoden waarvan de werknemers eenzelfde resultaat mochten verwachten (4), of waardoor de onderneming een schade lijdt die niet in verhouding is tot het voordeel dat de werknemers redelijkerwijze konden verwachten. Een dergelijke regeling kan toelaten

(1) M. TAQUET en C. WANTIER, J.T.T., p. 191, betwijfelen of sprake kan zijn van een misbruik van recht, vermits het recht tot staken niet expliciet is erkend. Anderzijds geven ook zij toe dat er een "vrijheid" tot staken bestaat, wat vertaald kan worden als een faculteit en dus een (zwakke) vorm van subjectief recht volgens de onder nr. 438 gegeven indeling van subjectieve rechten. Eens er gesproken kan worden over een recht, kan er sprake zijn van misbruik van recht. Zie in die zin W. VAN GERVEN, R.W. 1976-77, 72 e.v. en 74.

(2) W. VAN GERVEN, l.c.

(3) Zie W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 184 e.v.

(4) Omdat moeilijk kan worden nagegaan welke andere methoden .../...

voorzichtig te zoeken naar een betere omschrijving van, een groter evenwicht in de rechten en plichten van werkgevers en werknemers in een onderneming.

Afdeling III. Rechtsmiddelen waarover schuldeisers beschikken

526. Schuldeisers vormen geen geïntegreerd deel van de onderneming. Zij kunnen het beleid ervan daarom minder onmiddellijk volgen en beïnvloeden dan de aandeelhouders en werknemers. De positie van de verschillende groepen vertoont nochtans een grotere gelijkenis dan dit op het eerste zicht zo fundamentele onderscheid laat vermoeden. Enerzijds werd eerder al gezegd dat ook werknemers geen formele bevoegdheden hebben om het beleid mee te bepalen, en wijzigingen alleen indirect kunnen afdwingen. Anderzijds zijn ondernemingen afhankelijk van kredietvoorwaarden en leveranciers om verder te kunnen werken. Schuldeisers van ondernemingen die hun eigen faillissement niet bewust provoceren, beschikken daarom over een zeer reële invloed. Zoals aandeelhouders en werknemers kunnen andere schuldeisers ofwel trachten uit hun contractuele banden met een dubieuze debiteur te stappen, ofwel zoveel mogelijk waarborgen zoeken om hun positie tegenover die debiteur te verbeteren. Dwanguitvoering beëindigt de contractband, maar zal bij de tweede groep mogelijkheden worden behandeld omdat het contract normaal wordt uitgevoerd.

§ 1. Beëindigen van de contractuele banden met een dubieuze debiteur

527. De contractuele banden met een dubieuze debiteur kunnen beëindigd worden door het beëindigen, ontbinden van

(4) ./.. met geringere schade voor de werkgever eenzelfde voordeel voor de werknemers konden opleveren, dient beklemtoond te worden dat bepalend is wat de werknemers redelijkerwijze zouden of dienden te verwachten.

het contract, of door een overdracht van de vorderingen. De eerste figuur vertoont analogieën met de oplossing die werknemers kunnen kiezen, de tweede met de mogelijkheden die voor aandeelhouders openstaan. De rechtsbeschermingsvragen die in beide gevallen rijzen, verschillen sterk. De ontbinding van het contract kan vooral de onderneming met betalingsmoeilijkheden raken, die voor haar verdere werking rekende op de voordelen en de verbintenissen die volgen uit de lopende contracten. De ontbinding van vitale contracten kan in een situatie waarin de terughoudendheid van leveranciers het vinden van wisseloplossingen zeker niet vergemakkelijkt, het verderzetten van de bedrijfsactiviteit onmogelijk maken. Bij het overdragen van vorderingen dient daarentegen vooral vermeden te worden dat het rechtsbeschermingsprobleem alleen wordt verschoven van de overdrager naar de overnemer.

A. Ontbinding of opschorting van contracten

528. De rechtsbescherming van de crediteurs uit een contract vraagt een zo vlot mogelijk ontbinden van contracten met dubieuze debiteurs. Het uitvoeren van gesloten contracten is daarentegen van groot belang voor de debiteur om een planmatige bedrijfsvoering mogelijk te houden, wat juist in crisissituaties belangrijk is. Tussen beide contractpartners geven de beginselen van goede trouw en de verplichting om een rechtmatig opgewekt vertrouwen te honoreren (1) geen aanduiding over het oplossen van dit belangenconflict. Beide zijn immers gehouden een gesloten contract uit te voeren voor zover zulks binnen hun mogelijkheden ligt (2) en zij nog kunnen verwachten dat ook de tegenpartij de aangegane verbintenissen zal nakomen (3). In een faillissementsrechtelijke context dient

(1) Zie hierover W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 210 e.v. en p. 227 e.v.

(2) Art. 1134 B.W. en H. DE PAGE, o.c., II, p. 453, nrs. 466 e.v.; R. VANDEPUTTE, o.c., p. 30.

(3) Zie H. DE PAGE, o.c., II, p. 823, nr. 859 e.v. over de exceptio non adempti contractus.

evenwel niet alleen rekening te worden gehouden met belangen van de contracterende partijen, maar ook met die van andere schuldeisers van een dubieuze debiteur. Als groep hebben zij dikwijls belang bij het nakomen van hun individuele verbintenissen. Wanneer niet alleen het belang van de debiteur, maar ook dat van de andere schuldeisers een uitvoeren van de aangegane verbintenissen vraagt, vergt de rechtsbescherming van de schuldeisers daarom een zekere terughoudendheid of waakzaamheid bij het ontbinden of opschorten van overeenkomsten.

529. Deze terughoudendheid is zeker niet vreemd aan het Belgische contractenrecht. Zoals eerder al vermeld geldt als basisprincipe dat overeenkomsten de partijen tot wet strekken (1). Uit het feit - of de veronderstelling - dat partijen vrij contracteerden, na afwegen van voor- en nadelen, en met name van alle met het sluiten van contracten verbonden risico's, leidt De Page af dat in principe noch één van de partijen (2), noch de rechter de draagwijdte van een geldig gesloten contract kunnen wijzigen. Zij kunnen slechts waken over een uitvoering overeenkomstig de regels van goede trouw. Een aantal andere principes of bepalingen nuanceren evenwel de draagwijdte van art. 1134 B.W. door toch een schorsing of ontbinding van de overeenkomst te voorzien. Daarbij zal alleen aandacht worden besteed aan de regels die de uitvoering van volkomen rechtsgeldig gesloten contracten beïnvloeden. Sommige van deze bepalingen gaan uit van de redenen die de uitvoering bemoeilijken, anderen betreffen de techniek om de uitvoering te beïnvloeden, waarbij telkens sommige bepalingen een schorsen, en andere een ontbinden van de overeenkomst beogen. Vooraleer deze groepen te bespreken kan hier worden opgemerkt dat vóór er sprake is van het uitspreken van

(1) Art. 1134 B.W.

(2) Zie daarentegen bij onderlinge toestemming: H. DE PAGE, o.c., II, p. 726, nr. 759.

het faillissement of een verdachte periode, al deze rechtsmiddelen beheerst worden door de lex contractus van de overeenkomst (1) en de normale bevoegdheidsregels (2). Het Europees ontwerp voor een verdrag inzake faillissement, akkoord en andere soortgelijke procedures voorziet daarna de uitsluitende bevoegdheid van de rechter van de Staat waar het faillissement is uitgesproken (3), en duidt ook het toepasselijke recht aan (4). Het is niet mogelijk in deze context een vergelijkende studie te maken van de verschillende verbintenissenrechtelijke stelsels die van toepassing kunnen zijn.

530. Tot de eerste groep bepalingen kunnen de regels inzake overmacht en de invloed van onvoorziene omstandigheden worden gerekend. De regels die overmacht behandelen hoeven niet verder besproken te worden, omdat zij een onmogelijkheid tot het nakomen van de door de debiteur aangegane verbintenissen willen regelen, terwijl hier de positie van de schuldeiser wordt onderzocht (5). Ook de door de rechtspraak ontwikkelde regels die bij onvoorziene omstandigheden het evenwicht tussen de verbintenissen van de partijen pogen te herstellen, bieden geen oplossing voor de schuldeisers van dubieuze debiteurs. Een dreigende insolvabiliteit kan normaal niet onder de volkomen onvoorzienbare risico's worden gerekend (6).

(1) Zie F. RIGAUX, o.c., p. 417 e.v., nrs. 350 e.v.

(2) Zie F. RIGAUX, o.c., p. 46 e.v.

(3) Art. 17.

(4) Art. 35 e.v.

(5) Zie H. DE PAGE, o.c., II, p. 594 e.v., nrs. 597 e.v., en R. VANDEPUTTE, o.c., p. 181 e.v.

(6) Zie Cass., 7 december 1961, Pas. 1962, I, p. 440. Zie verder over de jurisprudentie inzake onvoorzienbare omstandigheden: H. DE PAGE, o.c., II, p. 559 e.v., nrs. 574 e.v. en p. 734, nr. 765, c; R. VANDEPUTTE, o.c., p. 185 e.v.

1) rechtsmiddelen om de schorsing van overeenkomsten te vragen

531. De exceptio non adimpleti contractus laat een partij te goeder trouw bij een wederkerig contract toe de uitvoering van zijn activiteiten op te schorten tot de andere partij zijn verbintenissen nakomt, indien zij in het contract zelf geen afwijking bedongen van het beginsel van de gelijktijdige uitvoering van de aangegane verbintenissen (1). Meestal zal aan de toepassingsvoorwaarden niet langer voldaan zijn door het toestaan van betalingsfaciliteiten. Een schuldeiser die vreest beroep te moeten doen op deze exceptie doet er dus goed aan zijn prestaties en de betalingen van zijn dubieuze schuldenaar gelijklopend te laten verlopen. Deze exceptie biedt dus vooral een belangrijk rechtsmiddel aan schuldeisers die na het kennis krijgen van betalingsmoeilijkheden contracteren. Contracten die een beroep op deze exceptie mogelijk laten, helpen bovendien een evenwicht te bewaren tussen de belangen van beide contracterende partijen en hun andere schuldeisers en stellen dus geen bijzondere rechtsbeschermingsproblemen.

2) rechtsmiddelen om de ontbinding van overeenkomsten te bekomen

a) stilzwijgend ontbindendbeding

532. Artikel 1184 B.W. voorziet de ontbinding van wederkerige overeenkomsten door de rechter bij foutieve wanprestatie door een van de contracterende partijen (2).

(1) Zie over deze, niet door het B.W. expliciet voorziene exceptie: H. DE PAGE, o.c., II, p. 822, nrs. 857 e.v. en ook p. 828, nr. 866; R. VANDEPUTTE, o.c., p. 277 e.v.; A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1457 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 151; en vooral J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 326, nrs. 1784 e.v. Zie evenwel ook de in de faillissementswet wel omschreven regels inzake stoppage in transitu: A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1509 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 803, nr. 1918; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 147; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 334 e.v., nrs. 2793 e.v. over art. 568 W.v.K.

(2) Zie H. DE PAGE, o.c., II, p. 833 e.v., nrs. 872 e.v. .../...

Benadeling van een van de partijen of derden wordt vermeden omdat een rechterlijke tussenkomst vereist is. De rechter dient immers na te gaan in hoeverre de wanprestatie geweten kan worden aan fout van de debiteur. Deze rechterlijke tussenkomst geeft de rechter bovendien de gelegenheid om te onderzoeken of niet voldaan is aan de voorwaarden voor het uitspreken van het faillissement van de debiteur, waartoe hij ambtshalve bevoegd, en zelfs verplicht is (1). Na het faillissement kan geen beroep meer worden gedaan op het stilzwijgend ontbindend beding (2). Deze regel wordt door de rechtspraak niet alleen bij faillissement, maar bij elke vorm van concursus toegepast (3).

533. Er bestaat wel enige onzekerheid over de vraag tot wanneer de rechter een beroep op een stilzwijgend ontbindend beding kan toestaan, en tot wanneer de schuldeiser over een revindicatierecht beschikt wanneer hij de ontbinding van de overeenkomst heeft verkregen. Van Ryn en Heenen oordelen dat de ontbinding alleen tegengesteld kan worden indien zij verkregen is vóór het uitspreken van het faillissement (4). De rechtspraak lijkt evenwel aan te nemen dat een ontbinding van een contract, en het daaruit voortvloeiende revindicatierecht, nog kunnen worden verkregen indien een beroep op het ontbindende beding werd gedaan vóór het uitspreken van een faillissement (5). Deze opvatting

(2) ./.. en ook p. 937, nr. 878 en p. 845, nr. 887 en R. VANDEPUTTE, o.c., p. 265 e.v.

(1) Art. 442, 1° W.v.K.

(2) Art. 546 W.v.K.

(3) Zie hierover J. HEENEN in noot onder Cass., 18 november 1971, R.C.J.B. 1973, p. 5 e.v., p. 14, nr. 10; zie ook art. 5 en 11 van het RB van 25 september 1946 tot coördinatie van de wetten op het gerechtelijk akkoord met de commentaar onder art. 5 in J. RONSE, Wetboek van Koophandel; zie over de ontbinding bij faillissement ook A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1462 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., III, p. 332, nrs. 790 e.v.

(4) J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 333, nr. 2792.

(5) Zie o.a. Luik, 20 maart 1956, J.T. 1957, 263; Brussel, 12 mei 1959, J.C.B. 1959, 282 en J.T. 1960, 140; Rb. Gent, 11 februari 1959, R.W. 1958-59, 1572. Zie ook A. CLOQUET, Novelles, p. 418, nr. 1466. In een eerste uitgave was Cloquet minder expliciet.

wordt o.m. goedgekeurd door Coppens (1). Daarbij wordt gesteund op de terugwerkende kracht van een ontbinding (2). De terugwerkende kracht betreft nochtans het herstel van de toestand die gold vóór het sluiten van het contract, en minder de vraag of een beroep op de rechter dan wel het uitspreken van de rechter bepalend is voor het verkrijgen van de ontbinding. In die zin lijkt het logischer bij een stilzwijgend ontbindend beding, in tegenstelling tot uitdrukkelijk ontbindend beding, de uitspraak van de rechter als uitgangspunt te kiezen. De tussenkomst van de rechter is juist als een essentiële voorwaarde gesteld bij het stilzwijgend ontbindend beding (3), waaruit ook afgeleid wordt dat de rechter de debiteur nog respijt kan verlenen (4). Daarom kan de vermelde rechtspraak verwondering wekken. In de hier besproken context heeft zij als concreet nadeel dat de rechter, ook wanneer hij bij een beroep op een stilzwijgend ontbindend beroep vaststelt dat voldaan is aan de voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement, de ontbinding van de betrokken overeenkomst niet langer kan verhinderen. Dit lijkt, vooral omdat geen publiciteit is georganiseerd voor een beroep op een ontbindend beding te betreuren. Het schaadt de gelijkheid van de schuldeisers, en het ondermijnt de mogelijkheden om een verderzetten van de bedrijfsactiviteit te onderzoeken. Bovendien lijkt het niet noodzakelijk voor het beschermen van de schuldeiser die beroep doet op het beding, omdat deze vóór een uitspraak over zijn vordering de ontbinding zeker niet als een verworven recht kan beschouwen.

b) uitdrukkelijk ontbindend beding

534. De partijen kunnen in een overeenkomst ook een uitdrukkelijk ontbindend beding opnemen (5). Voor de toepassing

(1) Zie Examen de jurisprudence, 1957-1960, R.C.J.B. 1961, 141; Piret had al in dezelfde zin een oplossing gesuggereerd: Examen de jurisprudence, 1951-1954, R.C.J.B. 1955, 142; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 148.

(2) H. DE PAGE, o.c., II, p. 784, nr. 812 en p. 785 e.v., nr. 814, p. 800 e.v., nrs. 831 e.v. en vooral p. 804 e.v., nr. 834.

(3) Zie bijv. H. DE PAGE, o.c., II, p. 845, nr. 887.

(4) H. DE PAGE, l.c.

(5) Zie over dit beding: H. DE PAGE, o.c., II, p. 849 e.v., nrs. 892 e.v. en R. VANDEPUTTE, o.c., p. 274 e.v.

van dit beding is, tenzij het contract anders voorziet, geen gerechtelijke tussenkomst vereist. De rechter kan zelfs, ook al behoudt het beding een sanctie-karakter, de ernst van de tekortkoming niet meer beoordelen, noch uitvoeringsmodaliteiten bepalen (1). Artikel 546 W.v.K. blijft nochtans van toepassing, waardoor na faillissement of een andere vorm van samenloop van schuldeisers (2), geen beroep meer kan worden gedaan op een uitdrukkelijk ontbindend beding (3). Tijdens de verdachte periode kan men wel op deze clausules beroep doen (4). Het volstaat dat de verkoper zijn optie voor de ontbinding betekent aan de debiteur vóór een faillissement wordt uitgesproken. Wanneer andere omstandigheden een faillissement (of concordaat) onvermijdbaar maken, wordt het verhaals-object van de schuldeisers dus niet verder uitgehold door een uitdrukkelijk ontbindend beding. Maar wanneer juist het beroep op een dergelijke clausule een faillissement of concordaat onvermijdbaar maakt, kunnen de andere schuldeisers zich niet tegen het toepassen van de clausule verzetten, indien zij menen dat geen faillissement dient uitgesproken te worden.

3) sluiten van overeenkomsten onder opschortende voorwaarde

535. Een clausule die in deze context meestal ook wordt vermeld, en er naar resultaat een grote gelijkenis mee vertoont, is het beding van eigendomsvoorbehoud (5). In tegen-

(1) H. DE PAGE, o.c., II, p. 852, nr. 898 B.

(2) Zie J. HEENEN, R.C.J.B. 1973, p. 14, nr. 10.

(3) Zie ook P. COPPENS, Idées Nouvelles, p. 249. En ook Brussel, 22 januari 1974, R.W. 1973-74, 1733.

(4) P. COPPENS, Idées Nouvelles, p. 251. Zie ook Brussel, 5 april 1968, R.W. 1967-68, besproken door L. DE WILDE, Overzicht van redtspraak (1965-1968), Faillissement en Gerechtig akkoord, T.P.R. 1969, p. 428 e.v.

(5) Zie voor een vergelijking van beide clausules: P. COPPENS, Idées Nouvelles, p. 258 en 259.

stelling tot bijv. het Duitse, het Nederlandse en het Italiaanse recht, belet het Belgische recht een beroep op een clause van eigendomsvoorbehoud bij faillissement of concordaat van de debiteur (1). Tijdens de verdachte periode kan een schuldeiser zich nog wel op een dergelijke clause beroepen (2). De positie van derden-schuldeisers is dus vergelijkbaar met deze bij een beroep op een uitdrukkelijk ontbindend beding. Deze belangenconflicten kunnen alleen worden vermeden door ook voor een beroep op een uitdrukkelijk ontbindend beding de tussenkomst van de rechter te eisen. Dit zou nochtans een normaal verloop van de verhoudingen tussen contractspartners wel erg belemmeren in een periode waarin, vermits geen faillissement werd uitgesproken, noch een verdachte periode in ging, transacties tussen contractpartners derden normaal niet onherroepelijk benadelen. Het lijkt daarom verdedigbaar dat bepaalde clauses vóór een faillissement anders worden behandeld dan daarna, omdat dan elke transactie de belangen van derden raakt. Maar dit veronderstelt wel dat telkens een onderneming insolvent wordt, onmiddellijk het staken van betalingen kan worden vastgesteld. Deze rechtsbeschermingsvraag herleidt zich dan ook tot die naar een zo adequaat mogelijke informatie over de toestand van ondernemingen en een tijdig uitspreken van een faillissement bij insolventie. Het beklemtoont bovendien het belang van een genuanceerd beoordelen van deze clauses in de verdachte periode.

(1) Zie voor een uitvoerige rechtsvergelijkende studie met onderzoek van de argumenten die aangevoerd worden om het Belgische standpunt te motiveren: P. COPPENS, Idées Nouvelles, p. 235 e.v. en de daarop volgende bijdragen van G. FERRI, BLOM, STUMPF, RUTTIMAN en BASTIN.

(2) P. COPPENS, Idées Nouvelles, p. 259.

- 4) beperken van de tegenstelbaarheid van ontbindende bedingen en clausules van eigendomsvoorbehoud tot de periode vóór het uitspreken van een faillissement.

536. Door artikel 546 W.v.K. en de rechtspraak over clausules van eigendomsvoorbehoud wordt een onderscheid gemaakt tussen rechtsmiddelen die ook na het uitspreken van een faillissement nog kunnen worden ingeroepen, zoals de exceptio non adempti contractus, en andere die niet langer ingeroepen kunnen worden. Deze beperking van het toepassingsgebied van ontbindende bedingen en clausules van eigendomsvoorbehoud wordt beschouwd als een bescherming van de massa. Het onderscheid wordt gemotiveerd door het feit dat het in het ene geval nog niet geleverde prestaties betreft, en in de andere gevallen reeds deels uitgevoerde overeenkomsten. De tendens in de evolutie van de houding tegenover ontbindende en opschortende clausules loopt evenwel niet parallel. Terwijl de toetsingsbevoegdheid van de rechter bij de toepassing van overeenkomsten eerder groter wordt, gaan voortdurend meer stemmen op om ook na faillissement een beroep op de clausule van eigendomsvoorbehoud tegenstelbaar te maken aan de andere schuldeisers van een debiteur. Deze ontwikkeling blijkt onder meer uit art. 39 van het voorontwerp van Europees verdrag inzake faillissementsrecht (1). Zij wordt deels ingegeven door een behoefte aan harmonisatie van de concurrentievoorwaarden in de gemeenschappelijke markt (2). Maar deze evolutie sluit ook aan bij een geleidelijk verschuiven van de onderlinge posities van de schuldeiser, zijn debiteur en diens schuldeisers. Dit blijft niet

(1) Zie toelichting J. NOEL en J. LEMONTEY, o.c., p. 109 e.v. en de al vermelde studies in Idées Nouvelles, p. 235 e.v.

(2) Zie over de distorties die volgen uit het verschil tussen de Duitse, Italiaanse, Nederlandse (en Zwitserse) regeling enerzijds, en de Belgische, Franse en Luxemburgse regeling anderzijds, o.a. J. NOEL en J. LEMONTEY, o.c., p. 110 e.v., en P. COPPENS, Idées Nouvelles, p. 235 e.v.

zonder invloed op het afwegen van hun respectievelijke belangen. Enerzijds vergt het op steeds ruimere schaal toekennen van leverancierskredieten een aan deze handelsgebruiken aangepast equivalent van de exceptio non adimpleti contractus. Anderzijds ondermijnen nieuwe krediettechnieken zoals leasing en andere op huurcontracten geïnspireerde formules, sterk de overtuigingskracht van argumenten ontleend aan het door het bezit van activa opgewekt vertrouwen in de kredietwaardigheid van de bezittende debiteur (1). De tendens om minder belang te hechten aan de door het gebruik van activa opgewekte solvabiliteitsschijn, vond engiszins ingang in de wetgeving, zij het mits het verzekeren van een aangepaste publiciteit, door de wet van 29 juli 1957 (2) waardoor het voorrecht van de niet betaalde verkoper van roerende bedrijfsuitrusting vijf jaar behouden kan blijven wanneer de facturen tijdig worden neergelegd op de griffie van de rechtbank van koophandel (3). Met het afzwakken van de aan de vertrouwensleer ontleende argumenten, verdwijnt langzaam een van de voornaamste redenen waarom de rechtspraak de tegenstelbaarheid weigert van clauses van eigendomsvoorbehoud (4).

537. Het wegvallen van bezwaren tegen de tegenstelbaarheid van clauses van eigendomsvoorbehoud in een faillissement, geeft nog geen antwoord op de hier gestelde rechtsbeschermingsvragen. Bastin wijst er in een bespreking van de

(1) Zie over de vertrouwensleer in dit verband P. COPPENS, Idées Nouvelles, p. 241 e.v.; J. HEENEN, R.C.J.B. 1973, p. 19 e.v., nrs. 15 e.v.; en Cass., 2 mei 1964, Pas. 1964, I, 932. Zie over het onderscheid tussen leasing en koop op afbetaling of huurkoop, en maatregelen om te voorkomen dat de niet-tegenstelbaarheid van clauses van eigendomsvoorbehoud wordt vermeden door contracten als leasing-contracten voor te stellen: Gent, 27 juni 1966, R.W. 1966-67, 312, besproken door L. DE WILDE, T.P.R. 1969, p. 470 e.v.

(2) B.S., 5-6 augustus 1957.

(3) Zie over de economische weerslag hiervan: J. BASTIN, Les conséquences économiques de la réserve de propriété (...), Idées Nouvelles, p. 337.

(4) Zie hierover P. COPPENS, Idées Nouvelles, p. 241 e.v. en het daar besproken arrest Cass., 9 februari 1933, Pas. 1933, I, 103.

economische gevolgen van de tegenstelbaarheid van deze clausules in een faillissement (1) op dat door het tegenstelbaar maken van clausules van eigendomsvoorbehoud niet alleen de activa, maar ook de passiva aanzienlijk slinken. De andere schuldeisers worden slechts benadeeld indien de liquidatie-opbrengst van de goederen die door een clausule van eigendomsvoorbehoud uit de massa verdwijnen, de waarde van de door de clausule beschermde vorderingen dichter benadert dan gemiddeld voor de andere goederen het geval is. Hun eventuele benadeling is volgens de auteur bovendien niet evenredig met het voordeel dat deze laatste schuldeisers hebben bij de tegenstelbaarheid van clausules van eigendomsvoorbehoud, omdat de opbrengst van de voor de massa verkochte activa meestal bedroevend lager is dan hun normale verkoopwaarde (2). Ook wanneer vooral onderzocht wordt in welke mate een enkele schuldeiser door het onvermijdbaar maken van een faillissement de rechten van andere schuldeisers en de debiteur beïnvloedt, dringt de niet-tegenstelbaarheid van clausules van eigendomsvoorbehoud zich niet op. Het behoud van de tegenstelbaarheid kan die rechtsbeschermingsproblemen zelfs helpen voorkomen. Wanneer schuldeisers er op mogen vertrouwen ook na faillissement van hun debiteur beroep te kunnen doen op een clausule van eigendomsvoorbehoud, kunnen zij dit faillissement afwachten. De noodzaak om vóór het uitspreken beroep te doen op de clausule, en zo een faillissement misschien te provoceren, valt immers weg. In dit verband is ook belangrijk dat leveranciers en kredietverleners meer bereid zullen zijn om over een verderzetten van de onderneming te spreken, naarmate hun eigen vorderingen beter gewaarborgd zijn (3). Terwijl het verzwakken van de aan de schijnleer ontleende argumenten alleen pleit voor een behoud van de tegenstelbaarheid na een faillissement van clausules van eigendomsvoorbehoud, kunnen

(1) J. BASTIN, Idées Nouvelles, p. 353 e.v., en vnl. p. 345 e.v.

(2) Zie p. 346.

(3) Zie hierover J. BASTIN, Idées Nouvelles, p. 349 e.v.

deze laatste argumenten even goed pleiten voor een behoud van de tegenstelbaarheid van ontbindende bedingen. De beperking van hun tegenstelbaarheid tot de periode vóór een faillissement werd als een bescherming van de massa bedoeld, en dient dus niet gehandhaafd te worden wanneer de massa wordt beschermd door een behoud van de tegenstelbaarheid. De door Bastin aangehaalde argumenten laten nochtans niet toe te besluiten dat een behoud van de tegenstelbaarheid van clausules van eigendomsvoorbehoud - en dus ook van ontbindende bedingen - altijd gunstiger is voor de massa. Wanneer men consequent de bescherming van de massa nastreeft lijkt het daarom wenselijk door een aanpassing van art. 546 W.v.K. de rechter de bevoegdheid te geven om ook na het uitspreken van faillissement of vaststelling van staking van betaling, een beroep op een ontbindend beding of een clausule van eigendomsvoorbehoud toe te laten. In sommige gevallen zal dit zowel het belang van de massa als dat van de individuele crediteur dienen (1). Een dergelijke wijziging kan evenwel juist door een consequenter beschermen van de massa mogelijk te maken, onbillijk voorkomen in die gevallen waarin zulks de individuele crediteur benadeelt, en hem dus ook de enkele voordelen van een meestal voor hen nadelig geachte regeling ontnemt. Dit belangenconflict wordt in alle scherpste vermeden indien men in plaats van de principiële niet-tegenstelbaarheid, de tegenstelbaarheid als regel invoert. Om ook de belangen van andere schuldeisers te vrijwaren kan deze tegenstelbaarheid afhankelijk worden gemaakt van het neerleggen van de facturen of de desbetreffende bepalingen van de overeenkomst op de griffie van de rechtbank van koophandel, zoals vereist is voor de tegenstelbaarheid van het voorrecht van de niet betaalde verkoper van roerende goederen (2). Vermits deze clausule dikwijls tegenstelbaar zal worden gemaakt voor overeenkomsten waarvan de factuur nu al wordt neergelegd, is het onwaarschijnlijk dat een dergelijke regeling bijzondere administratieve moeilijkheden veroorzaakt. Een derde alterna-

(1) Lage opbrengst actief, maar groter dan dividend, dat niettemin door grote vordering extra belast wordt.

(2) Dit voorrecht beantwoordt zelf niet helemaal aan de .../...

tief voor de thans geldende regeling, kan zijn het toekennen van de bevoegdheid aan de rechter om ook na het uitspreken van een faillissement of vaststellen van een staking van betalingen, de tegenstelbaarheid toe te laten van clausules van eigendomsvoorbehoud en ontbindende bedingen, indien zulks zowel de belangen van de individuele debiteur die clause inroept, als van de massa dient.

538. Welke formule ook verkozen wordt, besloten mag worden dat het onderscheid in tegenstelbaarheid tussen rechtsmiddelen die alleen vóór, en rechtsmiddelen die ook na het uitspreken van een faillissement kunnen worden aangewend, thans wordt gemaakt op een wijze die niet altijd strookt met het daarbij gestelde doel. Daarom dient niet alleen het - eventueel slechts in sommige gevallen - tegenstelbaar achten van clausules van eigendomsvoorbehoud overwogen te worden om over een aan de thans gebruikelijke handelspraktijken aangepast equivalent van de exceptio non adimpleti contractus te beschikken. Om een regeling in te voeren die een beoogd belangenevenwicht waarborgt, dienen zowel de regels over de tegenstelbaarheid van ontbindende bedingen als van clausules van eigendomsvoorbehoud herzien te worden.

5) retentierecht - revindicatie mogelijkheden

539. De revindicatie mogelijkheden zijn een logisch corrolarium van de mogelijkheid om een overeenkomst te ontbinden of een contractuele band op een andere wijze te verbreken. Voor de bespreking van de revindicatie mogelijkheden kan dus terug verwezen worden naar wat geschreven werd onder a) en b). In enkele gevallen voorziet de faillissementswet bovendien een bijzonder retentie- of revindicatierecht (1). Omdat deze rechten slechts bij faillissement van de debiteur ontstaan, hoeven zij in dit hoofdstuk niet verder besproken te worden (2). Alleen dient hier nog te worden vermeld dat de weigering van het Hof van Cassatie om de zgn. stoppage in transitu uit de faillissementswet (3) ook van toepassing te achten bij een concordaat, schuldeisers er toe zal bewegen andere waarborgen te zoeken, en dus bepaalde eerder besproken rechtsbeschermingsproblemen kan verscherpen (4).

(2) ./.. behoeften van de schuldeisers omdat het het beschikingsrecht van de koper van het verhaalsobject onvoldoende regelt, vermits slechts in uitzonderlijke gevallen een revindicatie of volgrecht toekent. Zie nr. 549.

(1) W.v.K., art. 568-571.

(2) Zie over retentie- of revindicatie mogelijkheden verder: J. HEENEN, R.C.J.B. 1973, p. 12, nr. 6, en p. 14 e.v., nrs. 11 e.v.

(3) (4) .../...

B. Overdracht van vorderingen

540. Een overdracht van schuldvorderingen op een dubieuze debiteur raakt de belangen van de debiteur normaal niet. Zoals reeds opgemerkt, dient daarentegen vermeden te worden dat het rechtsbeschermingsprobleem alleen wordt verschoven van de overdragende naar de overnemende schuldeiser. Dit vereist een behoorlijke informatie van de overnemer over de aan de overdracht verbonden risico's. Wanneer de overnemer bewust een welgekend risico neemt, houdt de wankelende financiële toestand van de debiteur na de overdracht niet langer in dezelfde mate een bedreiging van de rechten van de schuldeiser in. Andere rechtsbeschermingsproblemen rijzen hier normaal niet.

541. De regels inzake overdracht van schuldvorderingen leggen nochtans geen bijzondere informatieplicht op aan de overdrager. Tenzij uitdrukkelijk anders werd overeengekomen, hoeft de overdrager tegenover de overnemer ook niet in te staan voor de solvabiliteit van de debiteur, en dus de degelijkheid van de vordering. Hij dient alleen het bestaan van de vordering op het ogenblik van de overdracht te waarborgen (1). Hierbij kan zich een randprobleem stellen inzake het bepalen van het ogenblik van de overdracht. Deze geschiedt solo consensu (2) maar is slechts aan derden tegenstelbaar na betekening aan hen (3). Aangenomen mag waarschijnlijk worden dat indien de overdrager nalaat de over-

(3) Zie art. 568 W.v.K.

(4) Zie in deze zin J. HEENEN, R.C.J.B. 1973, p. 29, nr. 28.

(1) B.W. art. 1693 en 1694 en H. DE PAGE, o.c., IV, p. 429 e.v., nrs. 427 e.v.

(2) H. DE PAGE, o.c., IV, p. 429, nr. 425.

(3) B.W. art. 1690; H. DE PAGE, o.c., IV, p. 433 e.v., nrs. 429 e.v.

dracht te betekenen, tot de debiteur insolvabel wordt of de vordering te niet gaat, de overnemer een schadevergoeding kan vorderen op grond van art. 1382 of de contractuele betekenisregeling in het contract, voor de door de nalatigheid van de overdrager geleden schade, indien de overdrager belast was met de betekening. Moeilijkheden op dit punt zijn eerder onwaarschijnlijk. Indien niet anders werd overeengekomen, kan ook de overnemer de overdracht betekenen (1). Hij kan ook de overdrager tot betekening aansporen indien zijn vordering door de debiteur wordt afgewezen. De overnemer wordt inzake de waarde van de vordering alleen beschermd door de algemene regels uit het contractenrecht betreffende de goede trouw, de dwaling en het bedrog. Omdat een mogelijke insolvabiliteit van de debiteur tot de normale commerciële risico's kan worden gerekend, dient de overnemer evenwel ook zelf de vordering te onderzoeken, en zal er lang niet altijd sprake zijn van bedrog of van een dwaling waaraan de overnemer zelf geen schuld heeft. Een meer efficiënte bescherming wordt daarom wellicht geboden door een adequate informatie over de financiële toestand van ondernemingen ten behoeve van alle belanghebbenden. Deze informatie werd eerder reeds besproken in hoofdstuk I. Wanneer de algemene informatie verstrekking goed is georganiseerd, en toch nog kan worden bewezen dat de overdrager over inlichtingen beschikte waaruit bleek dat de vordering veel twijfelachtiger was dan de voor allen toegankelijke inlichtingen mochten laten verwachten, zal het ook gemakkelijker zijn om een dwaling in hoofde van de overnemer, of zelfs een bedrog door de overdrager aan te tonen.

542. Volledigheidshalve moet hiet ten slotte worden opgemerkt dat er ook steeds minder rechtsbeschermingsvragen rijzen bij het overdragen van dubieuze schuldvorderingen, naarmate bij de overdracht het risico frequenter op enigerlei

(1) H. DE PAGE, o.c., IV, p. 415, nr. 406.

wijze wordt verzekerd. Deze verzekering kan verschillende vormen aannemen en is niet altijd even gemakkelijk als zodanig herkenbaar. De kredietverzekering of overname van het debiteuren risico is duidelijk een belangrijk bestanddeel van factoring overeenkomsten waarbij de factor een delcredere functie op zich neemt (1). Maar in feite is er een verzekeringselement in elke overname door wie systematisch schuldvorderingen overneemt als bedrijfsactiviteit, bij voorbeeld in het disconteren van wissels door financiële instellingen. In al deze situaties wordt het risico beter berekenbaar door het samenbrengen van gelijkaardige risico's waarvan de schadelast wordt verdeeld in de vorm van een gevraagde overname vergoeding, premie, discontopercentage, enz. (2).

§ 2. Beschermen van vorderingen

A. Dwanguitvoering

1) modaliteiten voor een dwanguitvoering en de invloed ervan op de rechtsbescherming

543. De meest radicale bescherming van een vordering is wellicht de dwanguitvoering: zij beëindigt de contractuele relatie en neemt dus de daaraan verbonden risico's weg, met behoud van alle voordelen die van het contract werden verwacht. In principe rijzen daarom bij dwanguitvoering geen bijzondere rechtsbeschermingsproblemen voor schuldenaar en

(1) Dit is het geval bij vrijwel elke vorm van factoring buiten de zgn. recourse factoring waarbij de factor alleen de debiteurenadministratie voert en de last van het debiteurenkrediet overneemt; zie o.a. P. VERGOTE, Factoring, Economisch en Financiële Recht Vandaag, II, p. 364; G.P. GIOMB, Financierung durch Facoring, Köln 1969, p. 18 e.v. en p. 46.

(2) Zie voor een beschrijving van de wezenlijke kenmerken van een verzekering; R. VANDEPUTTE, Handboek voor verzekeringen en verzekeringsrecht, Antwerpen 1967, p. 11 e.v.

schuldeiser vermits hun verbintenissen niet worden gewijzigd, en alleen een nakomen van aangegane verbintenissen wordt afgedwongen. Wel kan de gelijkheid van de houders van opeisbare vorderingen worden verbroken indien één onder hen eerder dan de anderen dwanguitvoering kan bekomen, en zo de middelen uitput waarover de debiteur voor het nakomen van zijn verbintenissen beschikte. Daarom kan hier worden herinnerd aan de suggesties uit de nrs. 361 e.v. om een zekere publiciteit te geven aan belangrijke veroordelingen tot betaling.

544. Dwanguitvoering veronderstelt eerst een in gebreke stellen van de debiteur en het bekomen van een uitvoerbare titel (1). De in gebreke stelling hoeft hier niet verder besproken te worden, en het betekent alleszins een element in de rechtsbescherming van de debiteur (2). De vereiste om over een uitvoerbare titel te beschikken heeft verderstrekkende gevolgen in de hier besproken context. Indien de schuldeiser niet over een onmiddellijk uitvoerbare notariële authentieke akte beschikt, is de tussenkomst van de rechter vereist voor het bekomen van een uitvoerbare titel (3). Ook voor het beslag tot terugvordering dat niet tot de rechtsmiddelen voor dwanguitvoering wordt gerekend in het gerechtelijk wetboek, maar een enigszins parallele functie vervult, is de tussenkomst van een rechter, hier de beslagrechter, vereist (4). Hieruit volgt dat de rechter de mogelijkheid wordt geboden om ook rekening te houden met andere belangen dan deze van de debiteur en de schuldeiser, en bijvoorbeeld na kan gaan of hij niet ambtshalve het faillissement van de debiteur dient uit te spreken. Het feit dat

(1) Art. 1489 e.v. en 1494 e.v. Ger. Wb.

(2) Zie hierover verder H. DE PAGE, o.c., III, nrs. 95 e.v. en nrs. 72 e.v.

(3) Zie H. DE PAGE, o.c., III, p. 116 e.v., nrs. 88 e.v.; ook hier wordt abstractie gemaakt van enkele onmiddellijk uitvoerbare administratiefrechtelijke stukken.

(4) Art. 1462 Ger. Wb.

de tussenkomst van de rechter niet vereist is wanneer de schuldeiser over een uitvoerbare notariële titel beschikt, betekent meestal geen reële verzwakking van de rechtsbescherming. De vorderingen die aan deze akten ontleend worden zijn immers meestal reeds bevoorrecht en hebben gewoonlijk betrekking op het verhandelen van onroerende goederen (1).

545. Indien de verweerder zijn woonplaats in een van de verdragsluitende staten heeft, of een uitspraak uit een van de staten in een andere verdragsluitende staat uitgevoerd dient te worden, worden de internationale procedure-rechtelijke aspecten beheerst door het verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid in de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (2). Indien dit verdrag niet van toepassing is, wordt de bevoegdheid en erkenning geregeld volgens bilaterale verdragen of het intern recht van de betrokken staten (3). De materiële rechtelijke aspecten zullen meestal beheerst worden door de lex contractus (4).

2) gevolgen van het uitspreken van een faillissement op een dwanguitvoeringsprocedure

546. De gevolgen van het uitspreken van een faillissement op een dwanguitvoeringsprocedure zijn geregeld in art. 452 W.v.K. Chirografaire schuldeisers kunnen geen beslag meer leggen, en ingespannen vervolgingen worden geschorst. Alleen wanneer de verkoopdatum al bepaald is, kan de verkoop toch doorgaan indien de curator zich niet verzet, maar dan in het voordeel van de massa (5). Inzake bevoorrechte schuldeisers bestaan er een aantal discussiepunten.

(1) Art. 27 Hyp.W.

(2) Goedgekeurd bij W. 24 januari 1970, B.S. 9 februari 1971. Zie voor commentaar: B. von HOFFMANN, Das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlichen Entscheidungen in Zivil und Handelssachen, A.W.D. 1973, 57; M. WEZER, La convention communautaire sur la compétence et l'exécution des décisions, réalise-t-elle la libre circulation des jugements dans le Marché Commun?, J.T. 1973, 230; WOLF, Das Ausführungsgesetz an dem EWG-Gerichts- und Vollstreckungsübereinkommen, N.J.W. 1973, 397.

(3) Zie o.a. F. RIGAUX, o.c., p. 45 e.v., nrs. 39 e.v.

(4) F. RIGAUX, o.c., p. 417 e.v., nrs. 350 e.v.

(5) .../...

547. De eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser kan, in iedere stand van het geding, het goed verkopen waarop de hypotheek rust, overeenkomstig de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek (1). Bij het beoordelen van de positie van andere op onroerende goederen bevoorrechte schuldeisers dient een onderscheid gemaakt te worden tussen een beroep op het voorrecht vóór het verwerpen of annuleren van een concordaat, en een beroep dat daarna op het voorrecht wordt gedaan. Daarna is volgens art. 564, 1° lid W.v.K. alleen de curator gerechtigd tot het instellen van een vervolging (2). Voordien kan de curator volgens art. 564 W.v.K. ingestelde vervolgingen staken, indien hij daartoe gemachtigd wordt door de Rechtbank van Koophandel (3). Cloquet (nr. 1151) vermeldt daarnaast als afwijkende, en Frédéricq (4) als gangbare opvatting, dat na het overschrijven van het beslag, het niet langer mogelijk is om vervolgingen te schorsen, ook niet mits machtiging van de rechtbank. Deze opvatting steunt op het feit dat het vroegere art. 564 W.v.K. ouder was dan het daarmee strijdige art. 89 uit de Wet van 15 augustus 1854. Artikel 564, 1° lid is evenwel inmiddels in even algemene bewoordingen hernoemen in de tekst die ingevoerd werd door de Wet van 10 oktober 1967, terwijl door het K.B. van 8 juni 1969 (5), de opheffingsbepaling betreffende de desbetreffende artikelen uit de Wet van 15 augustus 1854 in werking werden gesteld, zonder dat het Gerechtelijk Wetboek een gelijkaardige bepaling bevat. Deze discussie mag daarom wellicht gesloten worden geacht.

(5) Zie ook art. 453 W.v.K.; A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1426 e.v.; L. FREDERICQ, O.C., II, p. 547 e.v., nrs. 1620 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 141; J. VAN RYN en J. HEENEN, O.C., IV, p. 233 e.v., nr. 2673; zie voor het uitspreken van een faillissement wanneer de gelden nog bij de deurwaarder berusten: L. FREDERICQ, O.C., II, p. 549, nr. 1622.

(1) Art. 564, laatste lid W.v.K., zoals gewijzigd door art. 3 van de Wet 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek (B.S. 31 oktober 1967). Door de invoering van het Gerechtelijk Wetboek is het beding van onmiddellijke uitwinning voorzien in de Wet 15 augustus 1854 vervallen, en daarmee de desbetreffende literatuur zonder voorwerp geworden: zie bijv. A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1431 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, O.C., IV, p. 305, nr. 2761.

(2) L. FREDERICQ, O.C., II, p. 773, nr. 1887; J. VAN RYN en J. HEENEN, O.C., IV, p. 305, nr. 2761, zijn evenwel van .../...

(3) A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1432 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, O.C., IV, p. 305, nr. 2761.

(4) O.C., II, p. 771, nr. 1886.

(5) B.S. 11 juni 1969.

(2) ./.. oordeel dat dan de eerst vorderende, dus de curator of de schuldeiser, de tenuitvoerlegging kunnen nastreven.

548. Wanneer het voorrecht roerende goederen betreft, worden volgens art. 454 W.v.K. door het uitspreken van een faillissement alle individuele vervolgingen geschorst tot het afsluiten van het proces verbaal van de verificatie van de schuldvorderingen, tenzij het bewaringsmaatregelen betreft of de individuele schuldeisers-eigenaars het recht al verkregen de verhuurde ruimten terug in bezit te nemen (1). Artikel 9 van de Wet van 5 mei 1872 (2) op het handelspand, artikel 12 van de Wet van 25 oktober 1919 (3) op het pand op de handelszaak en artikel 16 van de Wet van 18 november 1862 (4) op de warant voorzien dat ook de uitoefening van de uit deze voorrechten te putten rechten niet door het faillissement worden geschorst (5). Over de juiste draagwijdte van art. 454 W.v.K. bestaat wel enige discussie. Cloquet en Frédéricq maken geen onderscheid tussen algemene en bijzondere voorrechten op roerende goederen en achten daarom in beide gevallen art. 454 W.v.K. van toepassing. Frédéricq stelt dit trouwens uitdrukkelijk en verwijst naar voorbereidende werken (6). Van Gerven (7) en Van Ryn en Heenen (8) menen daarentegen dat art. 454 W.v.K. alleen bijzondere voorrechten betreft, en achten zulks noodzakelijk wil men de liquidatie van het faillissement niet ernstig verstoren. Na het afsluiten van het proces verbaal hernemen de schuldeisers met een voorrecht op bepaalde roerende goederen hun individueel recht tot vervolging. Volgens Frédéricq beschikken ook de schuldeisers met een algemeen voorrecht op roerende goederen over dit recht.

B. Voorrechten en hypotheken.

1) invloed op de rechtsbescherming

549. Het vestigen van een vorm van zekerheid is de meest voor de hand liggende wijze om waarborgen te krijgen voor het voldoen van schulden. Sommige vorderingen zijn door de wet

(1) A. CLOQUET, Novelles, nrs. 440 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 760 e.v., nr. 1885 B; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 306 e.v., nr. 2763.

(2) B.S. 7 mei 1872.

(3) B.S. 21 november 1919.

(4) B.S. 20 november 1862.

(5) Zie A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1436 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 760 e.v., nr. 1885 B.

(6) O.c., II, p. 760, nr. 1885 A.

(7) Ondernemingsrecht, p. 141.

(8) O.c., IV, p. 234, nr. 2673.

bevoorrecht (1) vanaf hun ontstaan, dus zonder dat de schuldeiser daartoe bijkomende formaliteiten dient te vervullen. Dikwijls ook wordt de schuldenaar niet beperkt in zijn recht om over het verhaalsobject te beschikken. Maar zelfs wanneer de schuldeiser wel over een volgrecht of retentierecht beschikt, maar het voorrecht inherent is aan het contract, betekent het alleen een bijkomende waarborg voor de schuldeiser in de overeenkomst, en geen afzonderlijke verzwarende van de verplichtingen van de debiteur (2). Voorrechten en hypotheeken die wel het beschikkingsrecht van de debiteur over het verhaalsobject beperken, en niet inherent zijn aan de onderliggende overeenkomst (3), kunnen slechts

(1) Zie bijv. nrs. 287 tot 296, 299 tot 301, 308 tot 318.

(2) Zie voor voorrechten waar sprake is van een vorm van volgrecht of retentierecht en die gevestigd worden zonder bijkomende tussenkomst van de contractpartners: art. 20, 1° Hyp.W. en art. 290 §2, W. 26 augustus 1822 en art. 33 e.v. B.W. nr. 75 van 30 november 1939. Zie ook nrs. 287 en 301.

(3) Zie bijv. nr. 297 (Hyp.W. 20, 3°, voorrecht van de pandhouder) en nrs. 324 e.v. (voorrechten en hypotheeken op onroerende goederen waarvoor publiciteit is georganiseerd). De pandhouder op de handelszaak (zie nr. 306) beschikt volgens H. DE PAGE (o.c., VI, p. 1144, nr. 1109) over een analoog volgrecht als de verhuurder (zie art. 20, 1° Hyp.W.), maar alleen tegenover de derde verkrijger van heel de handelszaak of de derde verkrijger te kwader trouw van goederen die tot de handelszaak behoorden. Moretus Plantin (o.c., p. 190) vermeldt alleen een volgrecht tegenover de verkrijger van heel de handelszaak. Toch kunnen de argumenten die pleiten voor De Page's opvatting over de verkoop van een deel van de handelszaak meer overtuigen dan deze voor het verlenen van een volgrecht bij vervreemding van heel de handelszaak. In het eerste geval gaat het zeker om roerende goederen en geldt dus B.W. art. 2279, tenzij kwade trouw volgens het beginsel fraus omnia corrumpit de toepassing ervan verhindert. In het tweede geval wordt impliciet verondersteld dat de handelszaak onroerend is, vermits art. 76 alleen voor voorrechten en hypotheeken op onroerende goederen een volgrecht voorziet, en er geen andere argumenten aangevoerd worden om toch een volgrecht toe te kennen, wat wel gebeurt voor de vervreemding van goederen die tot de handelszaak behoorden. Meestal wordt nochtans aangenomen dat een handelszaak roerend is. Het voorrecht van de niet betaalde verkoper van bedrijfsuitrusting is eerder inherent aan de verkoop van bedrijfsuitrusting maar vraagt wel als bijkomende formaliteit het neerleggen van de facturen op de griffie van de rechtbank van koophandel (art. 20, 5° Hyp.W.). De verkoper beschikt niet over een .../...

gevestigd worden mits de instemming van de debiteur. Ook hier wordt zo een eenzijdig verstoren van het aanvankelijke evenwicht in de contractuele verbintenissen vermeden. Meestal zal het sluiten van het contract door de schuldeiser trouwens afhankelijk worden gemaakt van het stellen van zekerheden of toekennen van voorrechten. Hierna mag besloten worden dat voorrechten en hypotheken normaal geen nieuwe rechtsbeschermingsproblemen stellen in de verhouding tussen de schuldeiser in wiens voordeel zij gevestigd worden en de debiteur. Indien het voorrecht het beschikkingsrecht van de debiteur over het verhaalsobject op geen enkele wijze beperkt, bieden zij nochtans slechts een geringe bescherming aan de schuldeiser. Hij heeft dan ten hoogste tegenover de debiteur een

(3) ./.. eigenlijk volgrecht vermits het voorrecht wegvalt wanneer het goed uit het bezit van de schuldenaar verdwijnt (art. 20, 5°, 1° al. Hyp.W.). De schuldeiser kan de wederverkoop evenwel beletten indien de koop niet op termijn werd gesloten, en kan dan daartoe de verkochte goederen terugvorderen binnen de acht dagen na de levering, op voorwaarde dat de goederen zich nog in dezelfde staat bevinden (art. 20, 5° al. 6). De meeste auteurs nemen aan dat hiermee de levering door de bevoorrechte verkoper aan de eerste verkoper wordt bedoeld (zie o.a. G. BELTJENS, Encyclopédie du droit belge, VI, Brussel 1907, p. 370, nr. 167 en R. DERIJCKE, o.c., p. 77, nr. 151). Uit deze interpretatie volgt dat de bevoorrechte verkoper slechts in een beperkt aantal gevallen over de reële mogelijkheden beschikt om een verderverkoop te beletten.

verhaal bij vervreemding van het verhaalsobject, en het feit dat voorrechten gevestigd werden wijst er normaal op dat vorderingen op deze debiteur weinig waarborgen bieden (1). De bijkomende problemen die in internationaal verband kunnen rijzen werden besproken in de nrs. 327 e.v.

550. Wel betekent het toekennen of bedingen van voorrechten en hypotheken, per definitie, een bevoorrechten van een schuldeiser tegenover andere schuldeisers die geen voorrecht van dezelfde of hogere rang op de goederen van de debiteur kunnen laten gelden. De wenselijkheid hiervan kan tot in het oneindige aanleiding geven tot discussies waarin het beginsel van de gelijkheid van alle schuldeisers afgewogen wordt tegen de vereisten van bijzondere waarborgen voor het verkrijgen van krediet, dat noodzakelijk is voor het verderzetten van de onderneming. Als modus vivendi kan gelden dat het toekennen van voorrechten wellicht onvermijdbaar is, maar andere schuldeisers kennis moeten kunnen hebben van de voorrechten die het patrimonium van een debiteur belasten. Voor een bespreking van de publiciteitsvoorschriften kan terug verwezen worden naar de nrs. 287 e.v., 356 e.v. en 372 e.v.

- 2) de gevolgen van het uitspreken van een faillissement op de tegenstelbaarheid van voorrechten en hypotheken

551. Ondanks de dikwijls gebrekkige publiciteit, beschikken de belanghebbenden na een faillissement nochtans wel over een efficiënt rechtsmiddel om zich te verzetten tegen het tegenstellen van hypotheken en pandrechten die

(1) Zie voor het pand op de handelszaak en het voorrecht van de niet betaalde verkoper van bedrijfsuitrusting de vorige voetnoot. Zie voor een opsomming van de andere voorrechten waarbij het beschikkingsrecht van de debiteur beperkt wordt de twee voorgaande voetnoten.

niet gelijktijdig met de onderliggende schuldvordering werden bedongen of tegenstelbaar gemaakt. Uit het tijdsverloop blijkt dat het toestaan van deze hypotheken of pandrechten niet noodzakelijk was om het contract af te sluiten, en dus niet verantwoord kan worden door de reden die meestal opgegeven wordt om het behoud van bevoorrechte schuldeisers te motiveren. Artikel 445 W.v.K. bepaalt dat iedere tijdens de verdachte periode bedongen of gerechtelijke hypotheek en alle pandrechten op goederen van de debiteur voor vroeger aangegane schulden, nietig zijn en zonder gevolg blijven t.o.v. de massa. Deze nietigheid is niet absoluut maar relatief. Sommigen verkiezen nochtans om overtuigende redenen hier het begrip niet-tengestelbaarheid (1). Artikel 447 voorziet bovendien voor de rechter de mogelijkheid om inschrijving van voorrechten en hypotheken niet-tegenstelbaar te verklaren, indien zij genomen werden binnen de 10 dagen vóór het begin van de verdachte periode en meer dan 15 dagen na de dagtekening van de akte waarbij het voorrecht of de hypotheek is gevestigd. Artikel 446

(1) Zie hierover J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 263, nr. 2711 en in het algemeen over art. 445: A. CLOQUET, Novelles, nrs. 302 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 506 e.v., nrs. 1579 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 263, nrs. 2711 e.v. en ook p. 268 e.v., nrs. 2718 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 143 e.v. Zie meer specifiek inzake de toepassing van deze regeling op een rekening courant: Cass., 18 mei 1973, R.W. 1973-74 en Brussel, 6 januari 1972, Pas. 1972, II, 62. Deze laatste uitspraak werd besproken door P. COPPENS, R.C.J.B. 1974, p. 436 en L. DE WILDE, T.P.R. 1974, p. 828; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 144. De wettelijke hypotheek van de fiscus zou niet onder art. 447 §2 vallen. Zie Brussel, 5 december 1956, J.T. 1957, 207 en 29 april 1964, Pas. 1965, II, 190; Gent, 14 januari 1969, R.W. 1968-69, 1322. Besproken door P. COPPENS, R.C.J.B. 1969, p. 425 e.v.; L. DE WILDE, T.P.R. 1969, p. 444 e.v. Zie evenwel Rb. v. Kph. Antwerpen, 30 oktober 1963, R.W. 1963-64, 1076; en Rb. v. Kph. Verviers, 2 mei 1968, B.R.H. 1969, II, 85 besproken door L. DE WILDE, T.P.R. 1969, p. 447 e.v. en T.P.R. 1974, p. 831. Zie ook in dezelfde zin W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 144.

W.v.K. voorziet daarnaast nog de mogelijkheid om alle handelingen niet-tegenstelbaar te verklaren die tussen het staken van betalingen en het vonnis van failliet verklaring door de debiteur onder bezwarende titel werden gesteld indien de tegenpartij wist dat de contractpartner had opgehouden te betalen. De rechtsleer voegt daar als bijkomende voorwaarde aan toe dat de transactie de massa dient te benadelen. Deze bepaling staat niet in de tekst van art. 446 W.v.K., maar vermits deze (relatieve) nietigheid of niet-tegenstelbaarheid ingevoerd werd in het belang van de massa, is het hoogst onwaarschijnlijk dat de rechter en de massa er in andere gevallen dan deze waarin de massa benadeeld werd, beroep op zou doen (1). Na het staken van betalingen samen met de onderliggende verhouding tot stand gekomen voorrechten en hypotheeken, kunnen dus niet-tegenstelbaar worden gesteld. Volgens Van Ryn en Heenen kan dit alleen samen met het onderliggende contract en indien het geheel de massa schaadde (2). Uit het feit dat deze nietigheid in het belang van de massa werd ingesteld volgt verder volgens Cloquet dat bevoorrechte schuldeisers en hypotheekhouders geen beroep kunnen doen op art. 446 om de rang van hun voorrecht te verbeteren (3). Cloquet acht deze regel alleen van toepassing tussen de houders van voorrechten of hypotheeken van verschillende rang, en beschouwt alle vorderingen met een gelijke rang als een bijzondere massa. De toepassing van deze regel dient wellicht verder beperkt te worden tot die gevallen waarin de massa door deze rangverschuiving niet onrechtstreeks wordt benadeeld. Zie inzake de gevolgen van het uitspreken van een faillissement

(1) Zie over art. 446 W.v.K.: A. CLOQUET, Novelles, nrs. 316 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 528 e.v., nrs. 1602 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 263 e.v., nrs. 2711 e.v. en ook p. 279 e.v., nrs. 2731 e.v.

(2) J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 281, nr. 2733.

(3) A. CLOQUET, Novelles, nrs. 327 e.v.

ook de bespreking van de gevolgen van een faillissement inzake dwanguitvoering (1) en beslagmaatregelen (2).

C. Borgstelling en verzekering

552. Het contract van borgstelling, het aval bij een wisselbrief, de delcredere overeenkomst en een krediet-verzekeringscontract, zijn sterk verschillende overeenkomsten die evenwel tegenover de schuldeiser in de onderliggende overeenkomst allen gemeen hebben dat het betalingsrisico voor de schuldeiser overgenomen wordt door een derde partij. De mate waarin deze overeenkomsten waarborgen bieden aan de schuldeiser is afhankelijk van de kredietwaardigheid van de derde, wat een behoorlijke informatie van de schuldeiser over de financiële toestand van de derde wenselijk maakt. Ook de positie van de derde is afhankelijk van de mate waarin hij het risico dat hij deelt of overneemt, kennen kan. Zijn positie inzake rechtsbeschermingsproblemen is zo vergelijkbaar met deze van wie een schuldvordering op een dubieuze debiteur overneemt (3), en vergt dus een behoorlijke informatie over de vordering en de financiële toestand van de debiteur. Voor beide vragen kan daarom terug verwezen worden naar hoofdstuk I. De positie van de derde die een borg dient voor te stellen of een premie voor de risico-overdracht dient te betalen, zal meestal vergelijkbaar zijn met deze van de debiteur die andere zekerheden dient te stellen. Hem zal meestal slechts de keuze worden gelaten tussen het stellen van de zekerheden of het afzien van het contract. De hier besproken formules verschillen evenwel aanzienlijk van de eerder besproken voorrechten omdat zij de gelijkheid van schuldeisers niet verstoren.

(1) Nr. 547.

(2) Nrs. 553 e.v.

(3) Zie nrs. 540 e.v.

D. Het bewarend beslag

- 1) de invloed van het bewarend beslag en het bewarend beslag onder derden op de rechtsbescherming

553. Het bewarend beslag en het bewarend beslag onder derden worden hier alleen volledigheidshalve vermeld. Het beschermt de vordering van schuldeisers door te beletten dat de schuldenaar bepaalde activa vervreemt, en zo de activa in stand te houden tot er een definitieve beslissing genomen is over de wijze waarop de vorderingen zullen worden voldaan. Bij bewarend beslag verkrijgt de beslaglegger evenwel geen voorrecht op de goederen waarop beslag wordt gelegd, tenzij ten belope van de bewaringskosten (1). Het beschermt daarom eerder de groep van de schuldeisers dan de vordering van wie beslag legt, en kan daarom maar ten dele gerekend worden tot de rechtsmiddelen waarover de betrokkenen individueel beschikken om hun vorderingen te beschermen. Daarmee hangt uiteraard samen dat het geen aanleiding kan geven tot belangenconflicten met andere schuldeisers. In hoeverre de rechten van andere belangengroepen door het leggen van een bewarend beslag worden geraakt is afhankelijk van de aard van de goederen waarop beslag wordt gelegd, omdat daar van afhangt in welke mate de beschikkingsvrijheid van de debiteur/derden beperkt dient te worden opdat het beslag een effectieve bescherming zou bieden aan de schuldeisers. Verder is belangrijk dat de tussenkomst van de beslagrechter vereist is om bewarend beslag te leggen (2), tenzij over de vordering al een vonnis tot betaling werd geveld (3). De moeilijkheden van de debiteur worden zo ter kennis van de rechtbank gebracht, waardoor eventueel kan worden onderzocht of aan de voorwaarden voldaan is voor het uitspreken van een faillissement.

(1) A. CLOQUET, Novelles, nr.

(2) Art. 1413, 1445 en 1467 Ger. Wb.

(3) Art. 1414 Ger. Wb.

In dit verband kan worden terug verwezen naar wat eerder in nrs. 363 e.v. werd gesteld.

- 2) de gevolgen van het uitspreken van een faillissement op een procedure inzake bewarend beslag

554. Ook inzake bewarend beslag geldt dat het uitspreken van een faillissement de individuele vorderingen schorst. Vermits het faillissement zelf als een collectieve beslagprocedure wordt omschreven, verliezen procedures voor het leggen van bewarend beslag door individuele schuldeisers trouwens ook voor hen zelf elke betekenis omdat zij zelf aan het leggen van een bewarend beslag geen voorrecht ontlenen (1).

E. De actio pauliana en de zijdelingse vordering

- 1) de invloed van deze vorderingen op de rechtsbescherming

555. Inzake de actio pauliana en de zijdelingse vordering gelden in grote trekken de opmerkingen die inzake het bewarend beslag werden geformuleerd (2). Voor deze vorderingen is een tussenkomst van de rechter weliswaar niet volstrekt vereist, maar dikwijls zullen derden alleen bereid zijn mee te werken na een rechterlijke uitspraak. Bovendien kan een effectief uitoefenen van de vordering het leggen van bewarend beslag wenselijk maken. Voor de zijdelingse vordering dient hier bovendien aan toegevoegd te worden, dat de schuldeiser niet alleen niet bevoorrecht is op de goederen die voorwerp van de vordering zijn, maar dat hij deze vordering instelt in het belang van de

(1) Zie J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 234, nr. 2673.

(2) Art. 1166 en 1167 B.W. Zie ook nrs. 100 e.v.

massa (1).

- 2) de gevolgen van het uitspreken van een faillissement voor een actio pauliana of zijdelingse vordering

556. De zijdelingse vordering stelt daarom inzake de gevolgen van het uitspreken van een faillissement geen bijzondere problemen. De actio pauliana kan door individuele schuldeisers alleen ingesteld worden wanneer de debiteur zich bedrieglijk verarmde ten voordele of met de medewerking van een medeplichtige derde (2). Door het uitspreken van een faillissement vallen deze handelingen dus onder toepassing van art. 448 W.v.K., de zgn. faillissements-pauliana, en zijn zij, wanneer ook verricht, nietig (of niet-tegenstelbaar (3)). Wegens het schorsen van de individuele vervolgingen (4) kan trouwens geen vonnis meer worden geveld dat de omvang van de activa waarover de massa beschikt betreft, zonder dat de curator tussenkomt (5). Indien dus vóór het uitspreken van het faillissement derden een actio pauliana instelden, maar de rechter een faillissement uitspreekt vóór hij uitspraak doet op deze vordering, kan normaal alleen de curator nog beroep doen op art. 448 W.v.K. in het gemeenschappelijk belang van alle schuldeisers (6). De rechtsleer spreekt niet over de in-

(1) H. DE PAGE, o.c., III, p. 209, nr. 183 c en p. 220, nr. 199; R. VANDEPUTTE, o.c., p. 354 e.v. en 359 e.v.

(2) H. DE PAGE, o.c., III, p. 240, nr. 232.

(3) Zie verder nr. 722.

(4) Zie art. 452, lid 1 W.v.K.; A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1131 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 544 e.v., nrs. 1618 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 233 e.v., nrs. 2673 e.v. en p. 268, nr. 2717.

(5) Zie L. FREDERICQ, o.c., II, p. 544, nr. 1618 en J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 235, nr. 2674.

(6) Zie A. CLOQUET, Novelles, nr. 1133, waar ook de auteurs vermeld worden die deze opvatting niet delen;— L. FREDERICQ, o.c., II, p. 545, nr. 1618;— J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 235, nr. 2674. Hierbij dient evenwel voorzichtigheidshalve verwezen te worden naar de in nr. 533 besproken .../...

vloed van het uitspreken van een faillissement op een eerder vonnis dat een beroep op de actio pauliana inwilligde, waardoor activa overgingen naar het patrimonium van de individuele schuldeisers die de vordering instelden (1). Maar omdat de bedrieglijke handeling in dat geval al door een rechterlijke beslissing vernietigd werd, kan art. 448 W.v.K. normaal niet meer toegepast worden (2).

§ 3. Beïnvloeden van het beleid van de debiteur

557. De schuldeisers kunnen als buitenstaanders het beleid van een onderneming weliswaar niet rechtstreeks mee bepalen, maar dikwijls wel sterk beïnvloeden. Een onderneming is afhankelijk van leveranciers om verder te kunnen werken. Indien haar financiële positie zwak is, en het contracteren met haar voor de schuldeiser een duidelijk risico inhoudt, wordt het evenwicht verstoord in de verdeling van het voordeel dat normaal beide partijen hebben bij het sluiten van een contract. De bereidheid tot contracteren van de leveranciers zal niet langer vanzelfsprekend zijn, waardoor een onderneming afhankelijk wordt van de bereidwilligheid van sommigen om ondanks dit risico toch met haar te contracteren. Het is hier van ondergeschikt belang of een leverancier beslist ondanks de daaraan verbonden risico's toch te leveren, ofwel een derde, meestal een financiële instelling, bereid gevonden wordt om de debiteur voldoende krediet te verlenen om een normale betaling te verzekeren. Verschillende formules zijn trouwens denkbaar zoals borgstelling, aval, overdracht van schuldvordering, enz. De derde

(6) ./. evolutie van de rechtspraak inzake het stilzwijgend ontbindend beding.

(1) Zie H. DE PAGE, o.c., III, p. 253, nr. 245.

(2) Of art. 446 nog kan worden ingeroepen is minder duidelijk. Het toekennen van een actio pauliana sluit niet uit dat volstaan is aan de toepassingsvoorwaarden van art. 446 W.v.K. Het sluit evenmin in dat de rechter ook wist dat de debiteur op-hield te betalen en dus ambtshalve een faillissement diende uit te spreken, vermits het instellen van de vordering meestal wijst op een wankelend krediet.

schuldeisers kunnen het beleid van een onderneming ofwel beïnvloeden door ondanks het risico toch krediet te verlenen, of door zelf geen krediet meer te verlenen het krediet van de debiteur te laten wankelen. Centraal bij elk van deze formules staat telkens dat het al of niet nemen van een risico door een crediteur een beslissing is die de gang van zaken voor de debiteur in hoge mate kan beïnvloeden en daarom duidelijk de belangen raakt van de aandeelhouders, werknemers en andere schuldeisers.

A. Onverantwoord verlenen van krediet

1) de invloed op de rechtsbescherming

558. Het is dikwijls minder duidelijk in welke zin hun belangen worden beïnvloed. Wanneer daarbij het door dergelijke leveringen, kredietverleningen of borgstellingen mogelijk gehouden verder werken van de onderneming, haar toelaat haar financiële moeilijkheden geleidelijk te overwinnen, dient zulks duidelijk de belangen van alle andere betrokkenen. Het probleem ligt complexer wanneer de onderneming daar niet in slaagt. Indien de verhouding tussen de activa en de passiva niet veranderde, of voor de schuldeisers gunstiger werd tijdens de periode waarin de onderneming dank zij de hier besproken tussenkomsten verder kon werken, benadeelde deze beslissingen de andere schuldeisers, de aandeelhouders en wellicht ook de werknemers niet. Bij een verder afbrokkelen van de activa en aangroeien van de passiva kan het verderzetten van de ondernemingsactiviteit zowel de aandeelhouders als de schuldeisers, en misschien ook de werknemers, duidelijk benadelen. Het verderzetten van de bedrijfsactiviteit laat de termijnschulden van de debiteur bestaan, en berpekt in de hier besproken gevallen de mate waarin het saldo kan worden gerecupereerd. Het vermindert de waarde van het verhaalsobject van de schuldeisers die bevoorrecht zijn op bepaalde roerende goederen. Het vertrouwen dat een belangrijke leverancier in een onderneming stelt kan anderen aanzetten verder krediet te verlenen

aan de onderneming door het invorderen van opeisbare schulden uit te stellen of zelfs nieuwe vorderingen te laten ontstaan. Of ook de afnemers zo kunnen worden benadeeld is minder duidelijk. Wellicht zullen door het verderzetten van de ondernemingsactiviteit nieuwe bestellingen worden genoteerd die misschien niet zullen kunnen worden uitgevoerd, maar anderzijds kunnen zo ook andere bestellingen worden afgewerkt (1). Belangrijk is dat het verderzetten van de activiteit een aantal lopende kosten laat doorlopen waarvan de schuldeisers, zoals de R.M.Z. en de fiscus, zijn bevoorrecht. Indien de onderneming hen bij voorrang blijft betalen stelt dit geen bijkomende problemen. Maar dikwijls is zulks niet het geval, mede omdat deze schuldeisers zelden onmiddellijk op betaling aandringen, omdat zij zich door een voorrecht beschermd weten. Zelfs wanneer de andere schuldeisers zeer voorzichtig optreden, kunnen deze voorrechten de voor de niet bevoorrechte schuldeisers en schuldeisers met een voorrecht van een lagere rang beschikbare activa erg ondermijnen. Het verder verstrekken van krediet door het ter beschikkingstellen van liquiditeiten of het toestaan van leverancierskrediet, verschuift ook het ogenblik waarop een faillissement kan worden uitgesproken, en dus het ogenblik waarop de staking van betalingen door de rechtbank kan worden bepaald (2). Zo ondermijnt een te gemakkelijke kredietverlening bovendien de effectiviteit van de verdachte periode. Het te lang uitstellen van het ogenblik waarop de verdachte periode kan ingaan, vermindert immers de kans dat hij heel de periode dekt tussen het ogenblik waarop de debiteur zich bewust wordt van de ernst van zijn financiële moeilijkheden en het uitspreken van een desondanks toch niet afgewend of onafwendbaar faillissement. Dit houdt het risico in dat de debiteur de tijd krijgt, en dus misschien ook in verleiding gebracht wordt, om meer zijn persoonlijke belangen veilig te stellen dan het belang van

(1) Zie bijv. J. STOUFFLET, 'L'ouverture de crédit peut-elle être source de resp. envers les tiers', Juris. Cl. Pér. 1965, 11882, nrs. 2 e.v.

(2) Art. 442, 2° lid W.v.K. bepaalt dat dit ogenblik het vonnis van faillietverklaring niet meer dan 6 maanden vooraf kan gaan.

de onderneming en haar schuldeisers te behartigen. De bescherming van de schuldeisers wordt in dat geval vergelijkbaar met de bescherming van de schuldeisers van een insolvabele niet-handelaar (1), vermits de bijzondere bescherming van de verdachte periode en het onttrekken van het beheer van de goederen aan de gefailleerde, dan sterk aan belang verliezen. Ook wanneer de schuldeiser door wiens beleid een verderzetten van de bedrijfsactiviteit van de debiteur mogelijk werd gehouden, als schuldeiser mede tot de slachtoffers van zijn beleid behoort, dient het ten onrechte verlenen van krediet te worden betreurd. In dat geval kan deze schuldeiser nochtans alleen een onzorgvuldig beheer worden verweten indien hij wist hoe wankel de toestand van zijn debiteur was. Het probleem stelt zich vanuit een rechtsbeschermingsoptiek scherper wanneer hij zijn vorderingen zo beschermt dat hij zelf weinig risico neemt. Door het bedingen van voorrechten wentelt hij eigenlijk het risico af op de niet bevoorrechte schuldeisers en de schuldeisers met een voorrecht van lagere rang, door het verhaalsobject waarop zij normaal aanspraak konden maken met zijn vordering te verminderen. Wanneer hij zich beschermt door het eisen van een borgstelling, of door het verzekeren of overdragen van zijn vordering is de weerslag op de aandeelhouders en andere schuldeisers afhankelijk van de voorwaarden die de borg, verzekeraar of overnemer bedingen (2).

(1) Zie nrs. 93 e.v.

(2) Voor de rechtsbeschermingsvragen die zich voor deze derden stellen kunnen, kan terug verwezen worden naar nrs. 543 e.v.

- 2) rechtsmiddelen waarover belanghebbenden beschikken tegenover een debiteur die een onverantwoord krediet verkrijgt

559. De benadeelde groepen beschikken over weinig middelen om zich te beschermen tegen een ondermijnen van de onderneming door het te lang toestaan van krediet. De aandeelhouders beschikken misschien over de meeste bevoegdheden om een verder contracteren met deze schuldeiser te beletten. De anderen kunnen alleen trachten hun vorderingen zo goed mogelijk te beschermen en de rechtbank verzoeken het faillissement van de onderneming uit te spreken om een verder afbrokkelen van hun verhaalsobject tegen te gaan. Hierbij rijzen evenwel verschillende moeilijkheden.

560. Een eerste is dat derden juist omdat de onderneming nog krediet kan verkrijgen, niet zo gemakkelijk kennis hebben van de moeilijkheden van hun debiteur. Zolang voldoende krediet wordt verleend om de meest dringende verplichtingen na te komen, kan een onderneming vrijwel eindeloos verder werken en schulden accumuleren zonder dat dit opvalt. Dit geldt vooral indien een onderneming door een royaal krediet vrij regelmatig kleine of dringende betalingen kan doen. Derden kunnen dan nog moeilijker vaststellen dat een debiteur die verplichtingen slechts kan nakomen dank zij de uitzonderlijke inschikkelijkheid van een kredietverlener, dan bij het toestaan van een gevaarlijk groot leverancierskrediet. In het laatste geval is de kans immers groot dat er sneller conflicten ontstaan met andere schuldeisers die geen krediet meer willen verlenen. Deze moeilijkheden benadrukken de behoefte aan een centraliseren van alle beschikbare inlichtingen over de financiële toestand van ondernemingen. Daarbij dient de aandacht gevestigd te worden op het belang van de opdracht van de zogenaamde depistage-diensten van de rechtbank van koop-handel, die zelf wankele bedrijven opsporen om desgevallend een faillissement uit te spreken vóór de debiteur de activa

nog verder verloren laat gaan (1).

561. Een tweede probleem betreft de vraag of een verzoek van belanghebbenden van de depistage-dienst tot het uitspreken van een faillissement kan worden ingewilligd door de rechtbank. Vermits de verzoekers zich bedreigd achten omdat de insolvable wordende onderneming door een te gemakkelijke kredietverlening kan blijven verder werken, rijst onmiddellijk de vraag of het krediet van die debiteur wel kan wankelen, en hoeft de debiteur wellicht wegens het verleende krediet zijn betalingen niet te staken. Om een faillissement uit te spreken moet aan beide voorwaarden voldaan zijn (2). Het feit dat een debiteur bij een of meer schuldeisers nog krediet kan verkrijgen, sluit zeker niet in dat hij nog solvable is. Maar insolabiliteit mag niet verward worden met staken van betalingen (3). Een insolvable debiteur die dank zij kredieten toch nog zijn verplichtingen nakomt, kan normaal niet failliet verklaard worden (4). Op deze stelling vermelden de meeste auteurs maar één uitzondering: zij achten het uitspreken van een faillissement mogelijk wanneer de debiteur slechts door bedrog of andere onregelmatige middelen zijn verplichtingen kan nakomen (5). Wel betekent het betalen van een enkele vordering niet dat de rechter niet langer kan vaststellen dat een onderneming de betalingen gestaakt heeft, evenmin als het niet betalen van een enkele vordering de rechter

(1) Zie J. VAN DER GUCHT, B.R.H. 1968, p. 705, en R.W. 1973-74, 1187.

(2) Art. 437 W.v.K.; A. CLOQUET, Novelles, nr. 225: hier wordt abstractie gemaakt van de voorwaarde handelaar te zijn, zie nr. 81.

(3) Zie A. CLOQUET, Novelles, nr. 206; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 435, nr. 1503; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 211, nr. 2642.

(4) Een solvabele debiteur die zijn betalingen staakt daarentegen wel: Corr. Brussel, 24 mei 1965, J.T. 1965, 171, besproken door L. DE WILDE, T.P.R. 1974, p. 470 e.v.

(5) Zie A. CLOQUET, Novelles, nr. 208, en L. FREDERICQ, l.c.

dwingt tot het vaststellen van het staken van betalingen (1). Van Ryn, Heenen en Piret vermelden bovendien het geval waarin de debiteur daartoe alleen in staat is door het afsluiten van leningen waardoor hij zich ruïneert ("des emprunts ruineux") (2). De door Van Ryn, Heenen en Piret vermelde uitspraken betroffen nochtans beide bankroetzaken waar ook ten minste twijfel bestond over de eerlijkheid van de methoden waardoor het krediet werd verkregen. Het Hof van Cassatie is evenwel in het arrest van 26 november 1970 een stap verder gegaan, door te aanvaarden dat de rechter het staken van betalingen vaststelt wanneer het krediet louter fictief is, en verkregen werd door een overeenkomst tussen de debiteur en sommige schuldeisers waardoor de gelijkheid van de schuldeisers wordt geschaad (3). Dit arrest is een belangrijke bijdrage tot de rechtsbescherming van de schuldeisers, omdat het de rechter toelaat camouflage manoeuvres te negeren. De rechter oordeelt soeverein wanneer een debiteur zijn betalingen staakt (4). Bij een verzoek tot faillietverklaring door een of meer schuldeisers zal dus meestal wel aan de voorwaarde van het staken van betalingen voldaan zijn. In andere gevallen is de mogelijkheid om een faillissement uit te spreken afhankelijk van het al dan niet aanvaarden van de uitzondering voor ruïnerende leningen, op het principe dat de insolventie niet volstaat voor het uitspreken van een faillissement.

(2) J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, 1 c; R. PIRET, R.C.J.B. 1951, p. 58; - Van Ryn en Heenen verwijzen naar Comm. Brux., 18 VII 1939, Rev. Faill. 1939, 387; Piret verwijst naar Cass., 19 januari 1937, Pas., I, 20.

(3) Zie R.W. 1970-71, 1328. Zie hierover: P. COPPENS, R.C.J.B. 1974, p. 379; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 137; L. DE WILDE, T.P.R. 1974, p. 807.

(4) Zie A. CLOQUET, Novelles, nr. 203, die in nr. 216 ook de opvatting vermeldt van hen die oordelen dat het niet betalen van een enkele schuld niet volstaat; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 436, nr. 1503; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 211 e.v., nr. 2642 e.v.; R. PIRET, R.C.J.B. 1955, 131.

(1) Zie A. CLOQUET, Novelles, nr. 208, en L. FREDERICQ, l.c.

562. Bij het beoordelen van de voorwaarde dat het krediet van een onderneming aan het wankelen moet zijn gebracht, hoeft hier niet veel aandacht besteed te worden aan de mate waarin deze voorwaarde van de vorige verschilt. Het onderscheid tussen beide is subtiel, en heeft o.m. door hun onderlinge wisselwerking al tot heel wat geschillen aanleiding gegeven. Vermits aan beide voorwaarden cumulatief moet zijn voldaan, en er niet altijd voldaan zal zijn aan de voorwaarde van staking van betalingen, lijkt het meer aangewezen na te gaan wanneer het krediet niet aan het wankelen is gebracht. Evenmin als de staking van betalingen, mag het wankelen van het krediet verward worden met de insolventie van de debiteur. Het krediet van een debiteur wankelt zodra, of pas wanneer, hij om het even welke reden geen krediet meer kan verkrijgen. Aan deze voorwaarde kan voldaan zijn wanneer de schuldenaar in gebreke blijft één schuld te betalen (1). Omdat aangenomen wordt dat slechts voldaan is aan de voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement als het handelskrediet aan het wankelen werd gebracht (2), ontstonden een groot aantal geschillen rond de vraag of het niet betalen van een burgerlijke schuld volstaan kon om het handelskrediet te laten wankelen. De meeste geschillen betroffen verzoeken tot het uitspreken van een faillissement wegens niet-betaling van R.M.Z. bijdragen of belastingen. Op die vraag lijkt thans overwegend positief geantwoord te worden (3). Het aantal gevallen waarin van een wankelen van het krediet sprake kan zijn valt dus vrijwel samen met dit waarin een debiteur zijn betalingen gestaakt kan hebben. Een onderscheid kan dan nog alleen ontstaan indien aangenomen wordt dat een debiteur geacht kan worden zijn betalingen gestaakt te hebben indien hij zijn verplichtingen nog alleen kan nakomen door schulden aan te gaan die zijn activa volkomen ondermijnen, maar er nog geen opeisbare schulden ongetaald bleven (4), en deze uitzondering op het onderscheid

(1) A. CLOQUET, Novelles, nr. 231; R. PIRET, R.C.J.B. 1955, p. 132.

(2) A. CLOQUET, Novelles, nr. 230 en 232; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 437, nr. 1505; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 113, nr. 2645.

(3) Zie bijv. A. CLOQUET, Novelles, nr. 231; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 213, nr. 2645, waar er onderscheid gemaakt wordt tussen burgerlijke schulden aangegaan in het kader van een bedrijfsactiviteit (zoals schulden tegenover de R.M.Z.) en burgerlijke schulden die als particulier werden aangegaan en daarom geen reden kunnen zijn om een wankelen van het handelskrediet vast te stellen; - R. PIRET, R.C.J.B. 1955, p. 132 e.v.; P. COPPENS, R.C.J.B. 1961, p. 124, waar Brussel, 9 november 1959 (Fas., 1959, II, 204) wordt besproken. Zie contra: L. FREDERICQ, o.c., II, p. 438, nr. 1505 en enkele uitspraken die vermeld worden door Cloquet, Coppens en Piret.

(4) Zoals inzake het vaststellen van het staken van betalingen, geldt ook voor het vaststellen van het wankelen van het krediet dat zijn krediet aan het wankelen is gebracht indien hij .../...

tussen de voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement alleen ten aanzien van het vaststellen van de staking van betalingen wordt gemaakt. Waar deze regel aanvaard wordt in de rechtspraak is alleen sprake van de staking van betalingen. Maar vermits deze overwegingen de rechtbank lieten concluderen tot het uitspreken van een faillissement, werd in deze gevallen impliciet aangenomen dat het krediet van de debiteur aan het wankelen werd gebracht. Dat het wankelen van het krediet niet vermeld wordt, en in deze gevallen door de auteurs meestal ook niet wordt aanvaard, of althans vermeld, wijst alleen opnieuw op de grote onduidelijkheid die de voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement in het Belgisch recht kenmerkt (1). Inmiddels kan de regel die het Hof van Cassatie in het vermelde arrest van 19 januari 1937 misschien impliciet aanvaardde, als een welkome aanvulling van de opvattingen over de voorwaarden tot het uitspreken van een faillissement worden beschouwd. Zonder deze regel ontstaat een overtrokken onderscheid tussen het bestaan van opeisbare en niet-opeisbare, maar zekere en dus de activa op langere termijn even zwaar belastende schulden. Het nalaten een opeisbare schuld te betalen zou immers kunnen wijzen op het staken van betalingen en een wankelen van het krediet, terwijl het verder accumuleren van ruïnerende schulden juist zou aantonen dat het krediet nog niet wankelt, en het zo mogelijk zou maken het staken van betalingen uit te stellen.

563. Samenvattend kan worden besloten dat de voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement bij een aangepaste, zeer ruime interpretatie, voor de rechtbanken van koophandel geen beletstel hoeven te vormen om een faillissement uit te spreken in die gevallen waarin zij dit nodig achten, zelfs indien zij daar niet door een van de belanghebbenden om worden verzocht. De dubbelzinnigheid in de formulering van deze voorwaarden en het haast onvermijdelijk complexe karakter van de commentaren, bevordert een adequate rechtsbescherming zeker niet. Ook indien de rechtbanken over voldoende armslag beschikken om eventueel zelf op te treden, accentueren de moeilijkheden om de juiste bevoegdheid van de

(4) ./.. alleen nog door frauduleuze middelen krediet kan krijgen: A. CLOQUET, Novelles, nr. 228; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 438, nr. 1505.

(1) Zie voor een kort rechtsvergelijkend overzicht, nr. 125.

rechtbank te kennen nog de moeilijkheden die belanghebbenden moeten overwinnen om te weten wanneer de toestand van een onderneming dermate verslechterd is dat zij er belang bij hebben om het uitspreken van haar faillissement te verzoeken. In vele gevallen zal daarom alleen een efficiënte depistagedienst van de rechtbank zelf de bescherming kunnen helpen realiseren die het faillissement, indien tijdig uitgesproken, aan de betrokkenen kan bieden door een te ver ondermijnen van de activa van een debiteur te beletten. Bovendien verdient het aanbeveling tenminste naast de voorwaarden zoals die nu opgesomd worden in art. 437, 1° lid W.v.K., toe te voegen dat een faillissement in ieder geval kan worden uitgesproken wanneer een onderneming insolvabel wordt. Eventueel kan de verplichting ambtshalve een faillissement uit te spreken, beperkt worden tot die gevallen waarin een onderneming insolvabel is geworden, en kan de voorwaarde inzake het wankelen van het krediet worden geschrapt.

- 3) rechtsmiddelen waarover belanghebbenden beschikken tegenover kredietverleners die onverantwoord krediet verlenen

564. Na de rechtsmiddelen waarover belanghebbenden beschikken tegenover ondernemingen waarvan de activa ondermijnd worden door een te gemakkelijke kredietverlening, dient nu onderzocht te worden over welke verhaalmiddelen zij beschikken tegenover hen die het krediet verlenen. Zij kunnen hen het verlenen van krediet niet rechtstreeks beletten, zoals zij soms wel kunnen beletten dat hun debiteur zelf krediet verleent aan derden (1). Ook indien zij de kredietverlener kunnen overtuigen niet langer krediet te verlenen, zullen de moeilijkheden waarmee de debiteur al geconfronteerd is, een verderzetten van de onderneming meestal onmogelijk maken zonder het doorvoeren van ingrijpende wijzigingen. Daarom kan het

(1) Art. 1166 en 1167 B.W.; de actio pauliana en de vordering tot geveinsdverklaring kunnen soms aangewend worden wanneer de debiteur zich bedrieglijk verarmt door fictieve of bijzonder ongunstige leningcontracten aan te gaan.

toch wenselijk zijn om via een collectieve procedure alle betrokkenen te raadplegen (1). De behoefte aan een mogelijkheid om de kredietverleners het verder verlenen van krediet rechtstreeks te verhinderen, is trouwens niet groot. Eens de andere betrokkenen weten dat hun verhaalsobject uitgehold wordt omdat hun debiteur zijn bedrijfsactiviteit alleen wegens een te gemakkelijke kredietverlening kan verderzetten, kunnen zij meestal de rechtbank verzoeken om in te grijpen, zoals in de vorige alinea werd besproken. Ook na tussenkomst van de rechtbank blijft een hervorming, sanering of vrijwillige liquidatie van de onderneming mogelijk (2). Het lijkt daarom belangrijker te onderzoeken in hoeverre de betrokkenen die schade leden door het afbrokkelen van hun verhaalsobject, deze schade post factum kunnen verhalen op de kredietverleners die dit afbrokkelen mogelijk maakten.

a) art. 445 e.v. Wetboek van Koophandel

565. Art. 445 e.v. W.v.K. kunnen maar een gedeeltelijke oplossing brengen. Op de eerste plaats betreffen zij de gevolgen van een faillissement op de tijdens de verdachte periode gestelde handelingen. In de mate dat een te gemakkelijke kredietverlening de datum waarop het staken van betalen kan worden gesitueerd te ver verschuift, kunnen deze artikelen geen bescherming bieden aan de belanghebbenden. Een andere belangrijke beperking van de draagwijdte volgt uit het feit dat in deze artikelen geen absolute nietigheden worden georganiseerd, maar slechts de "relatieve nietigheid of niet-tegenstelbaarheid in rechte" naar de discretie van de rechter van bepaalde rechtshandelingen die de massa benadeelden (3). Zij kunnen daarom slechts worden gevorderd

(1) Zie over het voorbehoud inzake de werknemers: nrs. 509 e.v.

(2) De tussenkomst van de depistagedienst leidt zeker niet altijd tot het uitspreken van een faillissement of het uitwerken van een akkoord. Soms bevelen de rechtbanken bijv. een vrijwillige liquidatie aan. Zie o.a. J. VAN DER GUCHT, R.W. 1973-74, 1190; B.R.H. 1968, p. 707 e.v.

(3) Zie J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 263, nrs. 2711 e.v. en met name over de niet-tegenstelbaarheid van nietigheden.

door de curator, en wat belangrijker is, uit het feit dat zij in het belang van de massa ter bescherming van het principe van de gelijkheid van de schuldeisers werden ingesteld, wordt afgeleid dat zij nooit in het voordeel van de gefailleerde kunnen werken. Zij kunnen dus niet dienstig zijn om de belangen van aandeelhouders in de gefailleerde onderneming te beschermen. De terug in te brengen bedragen blijven eigendom van wie hen inbrengt en komen dus indien zij na het afsluiten van het faillissement niet of niet geheel werden aangewend om de gezamenlijke schuldeisers te vergoeden, toe aan wie hen bracht (1).

566. In art. 445 W.v.K. wordt alleen de relatieve niet-tegenstelbaarheid in rechte van sommige betalingen, schenkingen of toegestane voorrechten voorzien. Het aangaan van leningen en het aanvaarden van andere vormen van krediet wordt daarbij niet vermeld, en kan ook bezwaarlijk op een billijke wijze door een niet-tegenstelbaarheid in rechte worden gesanctioneerd. Wel is het mogelijk tijdens de verdachte periode voortijdig gedane terugbetalingen op vóór of tijdens die periode toegestaan krediet terug te laten keren in de massa, en de in die periode toegestane voorrechten of hypotheken op eerder ontstane vorderingen niet-tegenstelbaar te verklaren (2). Art. 448 W.v.K. vult deze mogelijkheden aan door uitdrukkelijk de nietigheid te stellen van alle handelingen die de schuldeisers bedrieglijk benadeelden.

567. Art. 446 W.v.K. (3) laat een ruime appreciatiebevoegdheid aan de rechter om zo hij zulks wenselijk acht alle andere handelingen onder bezwarende titel en alle betalingen

(1) Zie J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., III, p. 285, nr. 2739; A. CLOQUET, Novelles, nrs. 301 e.v. én vnl. nr. 304.

(2) Zie hierover ook art. 447 W.v.K. waarin de mogelijkheid wordt gecreëerd om ook sommige vóór de verdachte periode genomen inschrijvingen te vernietigen. Zie verder over art. 445 W.v.K.: A. CLOQUET, Novelles, nrs. 395 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 506 e.v., nrs. 1579 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 143 e.v.

(3) .../...

van vervallen schulden die tijdens de verdachte periode werden verricht niet-tegenstelbaar te verklaren indien de tegenpartij wist dat hun contractpartner had opgehouden te betalen (1). Art. 447 voorziet voor de rechter bovendien de mogelijkheid om inschrijvingen van voorrechten of hypotheeken niet-tegenstelbaar te verklaren indien zij genomen werden binnen de 10 dagen vóór het begin van de verdachte periode en meer dan 15 dagen na de dagtekening van de akte waarbij de hypotheek of het voorrecht is gevestigd. Zoals eerder al vermeld is het, juist omdat de rechter over een zo ruime appreciatie bevoegdheid beschikt, moeilijk om de door art. 446 en 447 W.v.K. geboden bescherming te beoordelen. Inzake het begrip staking van betalingen mag terug verwezen worden naar wat hier eerder over werd geschreven. Tegenover kredietverleners is het bewijs van hun kennis van de financiële toestand van hun debiteur wellicht relatief gemakkelijk te leveren. Meestal onderzoeken zij deze vóór een kredietopening, en ook bij het toestaan van leverancierskrediet laten zij zich normaal leiden door de indruk die zij van de debiteur hebben op grond van de ervaringen uit hun handelsbetrekkingen met hem (2). In ieder geval kan de rechter afbetalingen van vóór of tijdens de verdachte periode toegestane kredieten vernietigen, indien de schuldeiser wist dat zijn debiteur had opgehouden te betalen. De kredietverlener wordt dan schuldeiser in de massa of eventueel bevoorrechte schuldeiser ten belope van de terug ingebrachte betalingen. Bij

(3) Zie hierover A. CLOQUET, Novelles, nrs. 316 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 528 e.v., nrs. 1602 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 143; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 263 e.v., nrs. 2711 e.v. en p. 279 e.v., nrs. 2731 e.v.

(1) Zie Cass., 16 maart 1967, Pas. 1967, I, 861.

(2) Zie in dit verband A. CLOQUET, Novelles, nr. 335, 3 en meer in het algemeen inzake het bewijs van de kennis van de derde over de financiële toestand van de debiteur: idem, nrs. 316 e.v.

een strikte interpretatie van art. 445, 446, 447 en 448 W.v.K. reiken de bevoegdheden van de rechter inzake vóór de verdachte periode toegestaan krediet, zonder dat de schuldeisers bedrieglijk werden benadeeld, niet verder dan het vernietigen of niet-tegenstelbaar verklaren van tijdens de verdachte periode gedane afbetalingen (facultatief indien zij vervallen schulden betroffen, en verplicht indien het voortijdige afbetalingen betrof), en het niet-tegenstelbaar verklaren van voorrechten en hypotheeken die bedongen werden tijdens de verdachte periode, of er vóór in de in art. 447 voorziene gevallen. Het is daarbij zonder belang of het krediet al dan niet onder bezwarende titel werd toegekend.

568. In principe kan de rechter het tijdens de verdachte periode onder bezwarende titel toestaan van krediet zelf niet-tegenstelbaar verklaren of vernietigen indien de kredietverlener wist dat de debiteur opgehouden had te betalen. Dit houdt op de eerste plaats in dat art. 446 W.v.K. geen verhaal biedt tegen het al te gemakkelijk toekennen tijdens de verdachte periode van leverancierskredieten en alle andere kredietvormen die niet onder bezwarende titel worden verleend. In deze gevallen beschikken benadeelden dus alleen over de mogelijkheid om als massa de reeds gedane afkortingen aan te vechten. Bovendien is het niet zo duidelijk wat de consequenties zijn van een nietig of niet-tegenstelbaar verklaren van een kredietverlening. Het vernietigen van een rechtshandeling vraagt het herstel van de oorspronkelijke toestand, dus bij een wederkerig contract het wederzijds restitueren van de ontvangen goederen (1). Dit houdt niet alleen een terug inbrengen in van de reeds gedane afbetalingen, maar ook een restitueren van het ontvangen krediet. De kredietverlener is ten belope van dit bedrag dan geen schuldeiser in de massa, maar van de massa en beschikt dus over een recht van voorafneming, althans in zoverre het krediet als prestatie

(1) H. DE PAGE, O.C., I, p. 148, nr. 99 en W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 416, nr. 131.

van zijnentwege nog "in natura of in equivalent" aanwezig is. Slechts indien niet aan deze voorwaarden voldaan is, is de kredietverlener schuldeiser in de massa (1). Het wordt dan zeer belangrijk te bepalen wanneer een goed in deze context nog in natura of in equivalent aanwezig is. De rechtspraak biedt daarbij weinig houvast. Het vermelde vonnis van de rechtbank van koophandel te Brugge betrof een zaak waarbij de aan de gefailleerde voor een onroerend goed verschuldigde prijs nog bij de notaris berustte, waardoor terzake geen vragen rezen. In de motivering van het vonnis wordt alleen opgemerkt dat de debiteur de prijs dus nog niet kon hebben verspild en zelfs niet kon worden beweerd dat de prijs niet meer te vereenzelvigen was. Wil dat zeggen dat de kredieten nog in geheel of vergelijkbare liquiditeiten of niet omzetbare activa aanwezig dienen te zijn? Ondanks de belangrijke verschillen tussen de nietigheids- en de niet-tegenstelbaarheidssanctie (2), brengt het feit dat er belangrijke redenen zijn om bij art. 445 e.v. W.v.K. eerder van niet-tegenstelbaarheden dan van nietigheden te spreken (3), geen grote wijzigingen in het hier geschetste beeld. Indien de betalingen door de debiteur niet-tegenstelbaar zijn, en daarom terug moeten keren in de massa, omdat een kredietverlenings-overeenkomst niet-tegenstelbaar verklaard wordt, was ook het verlenen van het krediet niet-tegenstelbaar, en dient het verleende krediet dus ook op deze grond voor zover mogelijk terug te keren. En er is geen reden om aan te nemen dat indien een vernietiging de crediteur tot schuldeiser van de massa maakte, de niet-tegenstelbaarheid hem slechts een vordering in de massa zou verlenen, zelfs indien men zou aannemen dat de Handelsrechtbank te Brugge zich zou hebben laten leiden door de term

(1) Zie FREDERICQ, o.c., II, p. 540, nr. 1614 en J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 237, nr. 2741, 5, waarbij o.a. wordt verwezen naar Rb. v. Kph. Brugge, 8 september 1959, R.W. 1959-60, 1278.

(2) Zie o.a. H. DE PAGE, o.c., I, p. 149, nr. 100 en II, p. 759, nr. 788; W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 408.

(3) Zie J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 263, nr. 2711 en p. 285, nr. 2739.

vernietigen, en daarom geen regeling beoogde te formuleren voor gevallen van niet-tegenstelbaarheid. Alleen helpt het begrip niet-tegenstelbaarheid beter de verhouding omschrijven die, zoals eerder werd vermeld, blijft bestaan tussen de schuldeiser en de gefailleerde (1).

569. Vooraleer deze bespreking af te sluiten, dient hier nog vermeld te worden dat geen enkele bepaling de rechter toelaat alleen de voorrechten of hypotheken niet-tegenstelbaar te verklaren die tijdens de verdachte periode voor gelijktijdig ontstane vorderingen werden bedongen. Artikel 445 voorziet de niet-tegenstelbaarheid van voorrechten en hypotheken die voor vroeger aangegane schulden bedongen werden. Daartoe is niet vereist dat de schuldvordering vóór de verdachte periode ontstond. Het volstaat dat beide overeenkomsten of deelloven overeenkomsten niet gelijktijdig werden gesloten (2). De rechter kan op grond van art. 446 wel de voorrechten en hypotheken die tijdens de verdachte periode voor gelijktijdig ontstane vorderingen bedongen werden, als accessoriën samen met de onderliggende vordering niet-tegenstelbaar verklaren (3). Door de voorrechten en hypotheken samen met de onderliggende verbintenissen niet-tegenstelbaar te verklaren, kan hij ook wettelijke hypotheken niet-tegenstelbaar verklaren, waarop art. 445, en volgens Van Ryn en Heenen ook art. 447, niet van toepassing zijn (4). Het

(1) J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 286, nr. 2739.

(2) L. FREDERICQ, o.c., II, p. 518, nr. 1592; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 278, nr. 2728, noot 12.

(3) J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 281, nr. 2733.

(4) Zie L. FREDERICQ, o.c., II, p. 520, nr. 1595 en p. 762, nr. 1877 waarin art. 447 wél van toepassing wordt geacht op wettelijke hypotheken. Zie ook W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 144 e.v. en J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 284, nr. 2737 en p. 278, nr. 2730.

kan toch worden betreurd dat de mogelijkheid niet voorzien is om alleen de bij het aangaan van nieuwe verbintenissen bedongen voorrechten en hypotheken niet-tegenstelbaar te verklaren. Het invoeren daarvan zou hen die met de gefailleerde contracteerden, niet schaden. Er zou een alternatief worden geboden voor het integraal niet-tegenstelbaar verklaren van de aangegane verbintenissen. Maar het invoeren van een dergelijke mogelijkheid kan misschien, door een psychologische uitwerking meer dan door een reëel wijzigen van de onderlinge economische verhoudingen, het al te gemakkelijk toestaan van krediet helpen afremmen. Zo voor het niet-tegenstelbaar verklaren van voorrechten en hypotheken samen met de onderliggende overeenkomsten het integraal niet-tegenstelbaar verklaren van de overeenkomst vereist is, en het dus niet volstaat al de verbintenissen van de gefailleerde te treffen, dringt een uitbreiding van de bevoegdheid van de rechter tot niet-tegenstelbaar verklaren van voorrechten en hypotheken zich uiteraard nog veel sterker op.

570. Besloten mag worden dat het integraal niet-tegenstelbaar verklaren van wederkerige contracten nooit substantieel gunstigere, en dikwijls duidelijk nadeliger gevolgen heeft voor de massa dan het niet-tegenstelbaar verklaren van de door gefailleerde geleverde prestaties. Immers, het niet-tegenstelbaar verklaren van wederkerige contracten onder bezwarende titel, resulteert indien restitutie van de door de debiteur ontvangen prestaties mogelijk blijft, alleen in een besparing van de anders verschuldigde intrest, maar verlies van het toegestane krediet. Deze interpretatie strookt trouwens met het algemene beginsel dat de toepassing van art. 446 W.v.K. de massa niet mag verrijken in vergelijking met de toestand voor het sluiten van de overeenkomst (1). De rechten van derden mogen maar geraakt worden in zoverre dat noodzakelijk is voor het bewaren van de gelijk-

(1) J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 285, nr. 2738.

heid tussen de schuldeisers. Het feit dat een schuldeiser schuldeiser van de massa wordt, houdt evenwel in feite in dat in de meeste gevallen het vermijden van de te betalen intrest, voor hem een geringer verlies zal betekenen dan het verlies wat hij normaal zou lijden door als schuldeiser in de massa zijn vordering slechts gedeeltelijk te kunnen realiseren. Wanneer de prestaties van de schuldeiser restitueerbaar zijn gebleven, kan de curator daarom veel beter alleen de niet-tegenstelbaarheid van de prestaties van de gefailleerde, en zo mogelijk van de ter bescherming van de schuldeiser bedongen voorrechten en hypotheeken vorderen. Indien deze prestaties niet langer restitueerbaar zijn, en de schuldeiser dus schuldeiser in de massa wordt, betekent het niet-tegenstelbaar verklaren van de overeenkomst praktisch het tot nul herleiden van de intrest. Het kan dan, mede omwille van de ruimere bevoegdheid van de rechter t.o.v. voorrechten en hypotheeken, voordeliger zijn de niet-tegenstelbaarheid van heel de overeenkomst te vorderen dan alleen van de al door de debiteur gedane betalingen. Op zichzelf kan het niet-tegenstelbaar verklaren van kredietvorderingen overigens weinig substantiële voordelen bieden aan wie door een te gemakkelijke kredietverlening werd benadeeld. De gevolgen van deze kredietverlening, zoals een te ver afbrokkelen van het verhaalsobject, worden er niet door hersteld. Het kan hen misschien wel zijdelings helpen door een eventueel beroep op de aansprakelijkheid van de kredietverlener te vergemakkelijken.

b) de aansprakelijkheid van de kredietverlener

571. Rechtspraak en literatuur zijn op dit punt nog eerder schaars (1). Tegenover de aandeelhouders kan slechts de aansprakelijkheid van de kredietverlener tegenover de debiteur van toepassing zijn. Praktisch houdt dit in dat, vermits

(1) Zie voor een overzicht: Y. SCHOENTJES-MERCHIEERS, La responsabilité civile du donneur de crédit, R.C.J.B. 1977, p. 48 e.v.; A. ZENNER, Responsabilités du donneur de crédit, Rev. Banque, 1974, p. 707 e.v., en Nouveaux développements de la responsabilité du dispensateur de crédit, J.T. 1977, p. 53 e.v.

de debiteur normaal om het krediet verzoekt, en desgevallend samen met de kredietverlener de overeenkomst sluit, de kredietverlener alleen aansprakelijk kan zijn voor het verlenen van onnauwkeurige of onjuiste adviezen over de ernst van de financiële toestand van de onderneming. Alhoewel de aandeelhouders zelf de financiële toestand van hun onderneming dikwijls niet op de voet kunnen volgen, kunnen zij nochtans redelijkerwijze niet verlangen dat kredietverleners hen daarover inlichten, zelfs al kan het feit dat zij krediet blijven verlenen de indruk wekken dat de onderneming relatief gezond is. Via de jaarrekeningen beschikken zij over sommige controle-mogelijkheden, en de verplichting om de aandeelhouders in te lichten berust op de eerste plaats bij de ondernemingsleiding. Indien de kredietverlener evenwel niet alleen door het verlenen van krediet de indruk wekt dat de onderneming nog vertrouwen verdient, maar bovendien de ondernemingsleiding een duidelijk onjuist beeld schetst van de toestand van hun onderneming, kan hun contractuele aansprakelijkheid of burgerlijke aansprakelijkheid tegenover hun cliënt-debiteur ter sprake komen. De kredietverlener is dan niet zozeer aansprakelijk in zijn hoedanigheid van kredietverlener, maar vooral als financieel expert-adviseur (1). De aard van deze in principe contractuele aansprakelijkheid is afhankelijk van het inspannings- of resultaat-karakter van de aangegane verbintenissen, wat meestal bepaald wordt door de aard van de gevraagde inlichtingen (2). Na het vaststellen van deze aansprakelijkheid, stelt ook het bepalen van de geleden schade en de verschuldigde vergoeding een aantal moeilijk algemeen te beantwoorden vragen. De schade ontstaat bij hypothese door een verder afbrokkelen van het verhaalsobject wegens

(1) Zie in dit verband: Gent, 25 april 1974 (onuitgeg.) en A. ZENNER, l.c., p. 711.

(2) Zie over contractuele aansprakelijkheid bij inspannings- en resultaatverbintenissen: H. DE PAGE, o.c., II, p. 572 e.v., nrs. 587 e.v. en ook p. 591 e.v., nr. 596.

het uitstellen van een faillissement door een te gemakkelijke kredietverlening. Daarom dient het verschil geraamd te worden tussen het nog door de aandeelhouders ontvangen dividend, en de liquidatiebonus die zij bij een tijdig stopzetten van de onderneming zouden hebben ontvangen. De berekening van de geleden schade wordt nog veel moeilijker wanneer de onderneming reeds geruime tijd slecht werd ingelicht door haar kredietverleners, en niet alleen laattijdig werd vereffend maar bovendien de kansen op een herstel verloor.

572. De vragen die in dit laatste geval rijzen over de aansprakelijkheid van de kredietverlener-adviseur t.o.v. de werknemers in het bepalen van de door hem verschuldigde schadevergoeding, zijn zo nauw verbonden met de evolutie van de opvattingen over de arbeidsverhoudingen dat zij bezwaarlijk in deze context kunnen worden beantwoord. Wanneer alleen wordt rekening gehouden met het verschil tussen het deel van hun vorderingen op hun werkgever dat zij nog kunnen realiseren, en het deel dat zij bij een tijdige vereffening zouden hebben kunnen realiseren, is hun positie niet verschillend van die van de overige schuldeisers.

573. Aan de aansprakelijkheid van de kredietverleners tegenover andere schuldeisers van hun debiteur werden belangwekkende artikels gewijd (1). Stoufflot onderzoekt alleen de aansprakelijkheid van de bankier bij kredietopeningen.

(1) J. STOUFFLOT, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers?, Juris classeur périodique 1965, 1882; samengevat in Rev. Banque 1965, 210; en A. ZENNER, Rev. Banque 1974, p. 707 e.v. en J.T. 1977, p. 53 e.v.; alsook R. CUIGNET, La responsabilité juridique du banquier donneur de crédit, Rev. Banque 1976, p. 4 e.v. Zie verder onder nr. 571.

Zijn conclusies gelden, mits een aangepast beoordelen van de voor hen vereiste zorgvuldigheid, ook voor andere professionele kredietverleners. Hij onderscheidt de aansprakelijkheid van de kredietverlener bij het verlenen van krediet aan een debiteur die zijn betalingen gestaakt heeft, aan een debiteur die omwille van de aard van zijn activiteit niet kredietwaardig is, en de aansprakelijkheid voor het inopportuun verlenen of slecht aanwenden van krediet. Vooral de eerste en de laatste aspecten van de aansprakelijkheid van de kredietverlener zijn in de hier besproken context belangrijk. Daarbij lijkt de eerste reeks problemen eigenlijk een van de gevallenreeksen waarin een kredietverlening inopportuun kan worden genoemd. Stoufflet acht de banken in principe noch aansprakelijk voor de gevolgen van een kredietopening in gevallen waarin zulks omwille van de economische situatie van de debiteur inopportuun is, noch voor de gevolgen van een misbruiken of slecht gebruiken van het toegestane krediet. De argumenten die hiervoor aangewend worden zijn weliswaar ontleend aan het Franse recht, maar lijken in België geldig (1). Hierop dient volgens de auteur evenwel een uitzondering te worden gemaakt voor de hier al eerder besproken aansprakelijkheid van de kredietverlener voor aan de gecrediteerde verstrekte informatie en adviezen, en de aansprakelijkheid van een kredietverlener die in feite als geassocieerde van de gecrediteerde handelt (2). Wel kan hierbij opgemerkt worden dat volgens Stoufflet een kredietverlener ook voor het geven van raadgevingen in principe niet aansprakelijk is, en alleen aansprakelijk kan worden geacht wanneer hij door druk uit te oefenen op de debiteur, diens beslissingen beïnvloedde. Het

(1) Zie ook voor een analyse van de tegenstrijdige belangen waartussen de kredietverlener een evenwicht dient te zoeken, en de noodzaak daarbij over een appreciatiemarge te beschikken, de vermelde bijdrage van Cuignet, en vnl. op p. 16 e.v. en 24 e.v.

(2) Zie J. STOUFFLET, l.c., nrs. 22-27.

feit dat een gecrediteerde in principe vrij beslist of hij aan de door de kredietverlener gegeven adviezen gevolg zal geven, lijkt nochtans geen voldoende reden om de gebruikelijke aansprakelijkheid van de adviseur niet te aanvaarden (1). Deze uitzonderingen dienen gemaakt te worden omdat bijzondere omstandigheden toelaten te besluiten dat de kredietverlener bij het openen van het krediet niet alleen het daarbij gebruikelijke risico onjuist beoordeelde, maar dermate onzorgvuldig handelde dat de kredietopening een fout veronderstelt in hoofde van de kredietverlener die zijn aansprakelijkheid volgens art. 382 e.v. B.W. in het geding brengt.

574. De door Stoufflet besproken aansprakelijkheid van de kredietverlener voor het openen van een krediet dat derden belet de financiële toestand van de debiteur te beoordelen, kan om dezelfde redenen aan deze reeks uitzonderingen worden toegevoegd. Het vaststellen van de aansprakelijkheid stelt geen bijzondere problemen wanneer het krediet bedrieglijk verleend werd (2). De kernvraag is of het krediet foutief wordt alleen door het feit dat het een debiteur voor wie een faillissement al onvermijdbaar is, toelaat het ogenblik waarop hij zijn betalingen staakt uit te stellen. Stoufflet acht dit, steunend op Franse rechtspraak, niet uitgesloten. Het Franse Hof van Cassatie achtte daarbij bedrieglijke collusie tussen kredietverlener en debiteur niet vereist, en als voorwaarde voor aansprakelijkheid strijdig met de principes van de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad (3). Wel dient vast te staan dat de bank de toestand van de debiteur kende of behoorde te kennen. Omdat bij de appreciatie van de fout van de kredietverlener rekening moet worden

(1) Zie nrs. 281 e.v.

(2) J. STOUFFLET, l.c., nr. 7

(3) Cass. Fr. Corr., 28 november 1960, Banque 1962, 269; Rev. T. Dr. Com. 1961, p. 460, met noot van HOUIN.

gehouden met de belangrijkheid van het toegestane krediet in de ogen van de bank, met de commerciële gebruiken en de eisen van een concurrentie-positie, kunnen daarvoor geen algemene regels worden geformuleerd. Dit geldt ook in België, waar een zelfde redenering werd gevolgd in de uitspraak van de rechtbank van koophandel te Kortrijk op 2 september 1971 inzake Komm. Ger. Fuhrmeister e.a. tegen de Bank van Brussel, in grote lijnen bevestigd door Gent, 25 april 1974 (1). De uitspraak van het Hof te Gent werd bevestigd door het Hof van Cassatie in het arrest van 19 maart 1976 (2). Stoufflet acht het bijvoorbeeld wenselijk minder strenge criteria aan te leggen bij het beoordelen van een verlenging van eerder toegestaan krediet dan bij het toestaan van nieuw krediet (3).

575. Eens de aansprakelijkheid van de kredietverlener aanvaard wordt voor de schade die derden leden door een laat-tijdig uitspreken van een faillissement of tekenen van een akkoord (4), moet nog worden bepaald welke schadevergoeding verschuldigd is aan derden. Stoufflet maakt daarbij een onderscheid tussen schuldeisers waarvan de vordering dateert van vóór de kredietopening, en schuldeisers met een meer recente vordering. Voor de eerste groep omschrijft Stoufflet de verhaalbare schade als het verschil tussen het door de schuldeiser ontvangen dividend en het dividend dat zij zouden ontvangen hebben indien het leven van de debiteur niet kunstmatig werd verlengd door het krediet. Deze omschrijving lijkt logisch (5). Wanneer de schuldeisers met een meer

(1) Beide uitspraken werden niet gepubliceerd maar besproken door A. ZENNER, Rev. Banque 1974, p. 711, en door de Rb. v. Kph. Brussel in de uitspraak van 3 mei 1976, J.T. 1977, p. 60, besproken door A. ZENNER in zijn vermelde bijdrage op p. 53 e.v.

(2) R.C.J.B. 1977, 38 e.v., met noot Y. SCHOENTJES-MERCHERS.

(3) R.C.J.B. 1977, p. 57.

(4) In de eerder vermelde uitspraken van Cass., 19 maart 1976, Gent, 25 april 1974, Rb. v. Kph. Kortrijk, 2 september 1971, en Rb. V; Kph. Brussel, 3 mei 1976, werd deze aansprakelijkheid aanvaard.

(5) .../...

recente vordering alleen met de debiteur contracteerden omwille van het door het eerder toegestane krediet gewekte vertrouwen, kan hun schade bepaald worden als het verschil tussen hun vordering en het ontvangen dividend (1). Uit het voorgaande volgt dat de schade die de schuldeisers leden en het bestaan van een aansprakelijkheid van de kredietverlener, voor elke schuldeiser afzonderlijk moet worden onderzocht. De (Franse) rechtspraak die de vorderingen tot schadevergoeding daarom niet aan de curator toekent, maar alleen een individuele vordering van de benadeelden tegenover de derde-kredietverlener mogelijk acht, hoeft daarom niet te worden bijgetreden (2).

576. Over de aansprakelijkheid van de schuldeiser uit de onderliggende vordering tegenover borgen is meer rechtspraak gepubliceerd. Daaruit mag worden besloten dat de schuldeiser niet zonder meer verplicht is de borgen in te lichten over de evolutie van de vordering die zij waarborgen (3). Uit de omstandigheden kan soms wel volgen dat het niet meedelen van bepaalde feiten aan de borg, de schuldeiser

(5) Het bezwaar van de auteur tegen de door het Hof van Montpellier toegepaste berekeningswijze kan daarom overtuigen. Het Hof omschreef de schade als het verschil tussen de vordering en het dividend. Zie J. STOUFFLET, l.c., nr. 13; - Montpellier, 1 maart 1957, Rev. Trim. Dr. Comm. 1957, p. 462, verbroken door Cass. Fr., 28 november 1960, cfr. supra. De auteur verwerpt ook de oplossing van de rechtspraak die, om de berekeningsproblemen van de schadevergoedingen te vermijden, de vordering van de kredietverlener weert uit de massa. Omdat niet alle schuldeisers in dezelfde mate benadeeld werden kan de auteur zich met deze oplossing niet verenigen.

(1) Deze berekeningswijze werd goedgekeurd door het Hof van Cassatie in het arrest van 19 maart 1976 en toegepast in het arrest van het Hof van Beroep van Gent van 25 april 1974, en impliciet door de Rb. v. Kph. Brussel in het vonnis van 3 mei 1976.

(2) Zie J. STOUFFLET, l.c., nr. 13, noot 30 en nr. 15, noot 38; maar zie voor België: Rb. v. Kph. Brussel, 29 oktober 1976, J.T. 1977, p. 58, besproken door A. ZENNER in zijn vermelde bijdrage op p. 53 e.v.

(3) Zie Brussel, 11 maart 1971, Pas. 1971, I, 186.

wél aansprakelijk kan maken voor het daardoor door de borg geleden verlies (1).

c) de aansprakelijkheid van de overheid als kredietverlener

577. Onder de kredietverleners neemt de overheid een speciale plaats in. Door tussenkomst van de openbare kredietinstellingen is de overheid onrechtstreeks een belangrijke kredietverlener (2). De overheid domineert zelfs de markt van het secundair krediet aan kredietinstellingen. Bovendien verleent zij, dikwijls door de tussenkomst van de kredietinstellingen uit de openbare sector, hulp aan ondernemingen in het kader van de door haar gevoerde economische politiek. Vooral de eerste en laatste vorm van overheidsoptreden verdienen in de hier besproken context wat meer aandacht, omdat de problemen die eigen zijn aan de financiële sector hier niet verder besproken kunnen worden.

578. Wanneer de overheid door tussenkomst van kredietinstellingen uit de openbare sector tegen een normale vergoeding krediet verleent aan ondernemingen die daarom verzoeken en de normaal gevraagde waarborgen kunnen bieden, verschilt haar rol niet wezenlijk van deze van kredietinstellingen uit de privé-sector. Ondanks het gemengd karakter van deze ondernemingen, wordt aangenomen dat hun verbintenissen met derden, handelskarakter hebben (3). Vermits daarover ook inzake procedurerecht geen bijzondere problemen rijzen, kan daarom voor een bespreking van de aansprakelijkheid van kredietinstellingen in de openbare sector bij de in deze alinea behandelde kredietopeningen terug verwezen worden naar wat onder nr. 571 e.v. geschreven werd over

(1) Zie voor dit laatste punt Cass., 4 juni 1971, R.W. 1971-72, 238; Rev. Banque 1954, 725.

(2) Zie voor een opsomming o.a. G. DE CLERCQ, Juridische problemen i.v.m. kredietverlening, Economisch en Financieel Recht Vandaag, I, p. 173. Aan dit lijstje moet de N.I.M. worden toegevoegd, ook al is dit geen kredietinstelling in de traditionele betekenis van de term.

(3) Zie J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., II, p. 171 e.v., nrs. 1160 e.v. en ook nr. 1163, en meer specifiek inzake het Gemeentekrediet, p. 168, nr. 1181; inzake het H.W.I., p. 182, nr. 1177; inzake de N.B., p. 198, nr. 1194 en inzake de N.M.K.N., p. 194, nr. 1191. Inzake de N.I.M. .../...

de aansprakelijkheid van kredietverleners uit de privé-sector. Bij het beoordelen van het foutief karakter van de kredietverlening kan misschien een nuance-verschil tegenover door de privé-sector verleende kredieten verantwoord zijn. Van de openbare sector kan verwacht worden dat het voortbestaan van de onderneming duidelijk belangrijker geacht wordt dan de rendabiliteit. Het kan daarom verantwoord zijn bij het beoordelen van de onrechtmatigheid van een kredietverlening, waardoor een onderneming langer verder kon werken dan economisch verantwoord kon worden, minder streng te zijn dan bij een kredietverlening door de privé-sector, wanneer de andere belanghebbenden wisten dat een volledige staking van betalingen slechts kon worden vermeden door het toestaan van kredieten door kredietinstellingen uit de openbare sector. Het fout begrip is in deze context nauw verbonden met de mate waarin de kredietverlening een ongegrond vertrouwen in de gecrediteerde wekte. Wanneer een kredietverlening omwille van de positie van de kredietverlener minder vertrouwen in de gecrediteerde wekt, dient zulks de appreciatie van de onrechtmatigheid te beïnvloeden (1). Bij kredietverlening door tussenkomst van de N.I.M. worden deze problemen vermeden, omdat de N.I.M. risicodragend kapitaal ter beschikking van een onderneming stelt. Ook wanneer zij op deze wijze een ongewettigd vertrouwen wekt, vergroot zij dus in dezelfde mate het verhaalsobject voor de schuldeisers, die daarom door haar tussenkomst in principe geen schade kunnen lijden.

(3) ./.. kan op dit punt geen discussie ontstaan omdat haar verbintenissen volgens art. 1, §3 W. 2 april 1962 (B.S. 18 april 1962) uitdrukkelijk handelskarakter hebben.

(1) Zie in deze zin A. ZENNER, J.T. 1977, p. 55. Dit standpunt werd evenwel niet weerhouden in Rb. v. Kph. Brussel, 3 mei 1976, J.T. 1977, p. 60 e.v. Om deze moeilijkheden te vermijden heeft de N.M.K.N. er in haar Jaarverslag 1975 op aangedrongen de bedrijfseconomische betwistbare steun aan ondernemingen in moeilijkheden een meer herkenbare vorm te verlenen.

579. Kredieten die in het raam van de economische expansiepolitiek verleend worden om het oprichten of uitbreiden van ondernemingen te stimuleren of ondernemingen in moeilijkheden bij te staan, hebben reeds tot heel wat discussie aanleiding gegeven. Deze discussies betroffen meestal de effectiviteit van de steunverlening in bepaalde gevallen of van de steunverleningspolitiek van het geheel van de economische politiek, of de verenigbaarheid van de steunverlening met het EEG-Verdrag (1). Alhoewel dit laatste punt de rechtmatigheid van de verleende steun in vraag stelt, kan dit aspect hier niet verder onderzocht worden. Een eventuele fout van de overheid wegens overtreding van de verdragsbepalingen sluit nog niet in dat de overheid een onderneming ongeoorloofd bevoordeligde op een wijze die andere schuldeisers van de onderneming benadeelde. Het foutief karakter ligt volgens de economie van de art. 92 e.v. EEG juist in het bevoordeligen van een onderneming en wie in haar rechtstreeks of onrechtstreeks belangen heeft, tegenover derden die geen banden met de gesteunde onderneming hebben, en dus ook niet rechtstreeks of onrechtstreeks delen in de steun. Ook de

(1) Zie over de verenigbaarheid met het EEG-Verdrag o.a. Besch. Comm., 26 april 1972, Publ. E.G. 1972, 2105/13 en vooral Besch. Comm., 15 december 1971, Publ. E.G. 1972, 210/22, en de interpellatie van de Staatssecretaris voor streek-economie door senator Waterschoot, P.H. Senaat 2. 73/74, verg. 22 november 1973. Zie verder W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 157 e.v. De effectiviteit van de hulp aan ondernemingen werd o.a. in vraag gesteld in De Standaard van 5 april 1974 (Daphica), 7 december 1973 (vraaggesprek met Prof. Van Hove), 19 februari 1974 (Debrez), 22 februari 1974 (La Louvière Bouvy), 22-23 februari 1974 (id.), 25 februari 1974. De steun verleend aan bedrijven in moeilijkheden tussen 1968-1969, werd ook besproken in de memorie van toelichting voor Senaat, het verslag van de senaatscommissie van financiële en economische zaken van senator Lagae en van de kamercommissie van financiën en van volksvertegenwoordiger Michel bij de voorbereiding van de wet tot goedkeuring van de overeenkomst tussen de Staat en de N.M.K.N. van 9 mei 1968 inzake de toekenning van kredieten aan ondernemingen die in moeilijkheden verkeren. Zie W. 18 mei 1973, B.S. 4 augustus 1973 en Parl. Doc. Senaat, zitt. 71/72, nr. 340 en 471 en Parl. Doc. Kamer, zitt. 72/73, nr. 421/2 en Parl. Hand. Senaat, 24 oktober 1972.

effectiviteit van het steunbeleid kan hier niet worden behandeld. Relevant voor de hier besproken context zijn daarentegen de publiciteit die aan de discussies terzake werd gegeven, en het principe zelf dat steun wordt verleend aan ondernemingen in moeilijkheden. Hier worden immers de problemen besproken die volgen uit het opwekken van een ongewettigd vertrouwen in de kredietwaardigheid van een wankelende onderneming door het verder verlenen van kredieten. Wanneer deze kredieten uitdrukkelijk als steun aan een wankel bedrijf worden betiteld, kan de overheid bezwaarlijk verweten worden dat zij ten onrechte de indruk geeft dat zij de kredietnemer als een gezonde en kredietwaardige onderneming beschouwt. De publiciteit die de risico's kregen die de overheid neemt bij het toekennen van steun, dienen daarom alle betrokkenen er voor te waarschuwen dat de kredietnemer slechts dank zij overheidssteun zijn activiteiten kan verderzetten en hen aan te sporen om de ontwikkeling van de betrekkingen met hun debiteur nauwgezet te volgen. De rechtsbescherming vraagt op dit punt veeleer het verzekeren van een voldoende publiciteit voor het verlenen van steun aan ondernemingen in moeilijkheden, dan het uitbouwen van de aansprakelijkheid van de overheid voor schade die derden, die met die onderneming contracteerden, door het verlenen van de steun zouden kunnen lijden. Ondanks de ruchtbaarheid die aan een algemene problematiek wordt gegeven, en de publiciteit die sommige gevallen krijgen (1) zijn de publiciteitsvoorschriften nochtans bijzonder schaars (2). Na het opzeggen van de overeenkomst tussen de Staat en de N.M.K.N. over de steun aan bedrijven in moeilijkheden in september 1969 (3) vermeldde de regering in het parlement als mogelijke rechtsgrond voor verdere steunverlening de

(1) Zie bijv. Val-St. Lambert, Debrez, La Louvière-Bouvy.

(2) Zie voor de gevallen die geen publiciteit kregen bij het toestaan van de steun: De Standaard, 26 november 1974, p. 1 en 27 november 1974, p. 1.

(3) Cfr. supra en inzake de opzegging, zie brief van 31 mei 1972 van het Ministerie van Financiën en het Ministerie van Economische Zaken, gepubliceerd in bijlage bij P.D. Senaat, zitt. 71/72, nr. 471.

artikelen 26-29 W. 30 december 1970 (1). Deze artikelen voorzien geen enkele vorm van publiciteit. De enige georganiseerde publiciteit is tot op heden deze betreffende de inlichtingen die volgens art. 2 van het K.B. van 25 september 1972 (2), art. 11 van de C.A.O. van 9 maart 1972 (3) en K.B. 27 november 1973 (4) aan de ondernemingsraad dienen meegedeeld te worden. Dit kan bezwaarlijk als een voldoende informatie van alle betrokkenen worden beschouwd. Wel hebben de achtereenvolgende regeringen herhaaldelijk het voornemen uitgesproken meer informatie ter beschikking te stellen aan het parlement (5). Het regeerakkoord van 19 januari 1972 voorzag het meedelen van individualiseerbare gegevens aan een parlementaire werkgroep (6). Slechts proceduremoeilikheden zouden het oprichten van een parlementair controlecomité vertragen. Een betere voorlichting van het Parlement zou ongetwijfeld een algemene discussie van de steunverlening in de pers bevorderen, maar kan nochtans evenmin als een adequate informatie van alle belanghebbenden worden bestempeld. Daarom kan worden betreurd dat noch de nieuwe Belgische regeling inzake jaarrekeningen, noch het onderwerp voor een vierde richtlijn, noch het Belgische ontwerp voor een grondige herziening van het vennootschapsrecht, uitdrukkelijke bepalingen over de publiciteit van bekomen overheidssteun voorzien. Wel mag wellicht worden aangenomen dat zij

(1) B.S. 1 januari 1971; zie Parl. Hand. Senaat 74/75, 24 oktober 1974.

(2) B.S. 7 oktober 1972, uitgevoerd door M.B. 26 april 1973, B.S. 29 mei 1973.

(3) K.B. 12 september 1972, B.S. 25 november 1972.

(4) B.S. 28 november 1973.

(5) Art. 12 W. 17 juli 1959 en art. 48 W. 30 december 1970 leggen de regering alleen op jaarlijks verslag uit te brengen aan het parlement.

(6) Zie Parl. Hand. Senaat, 24 oktober 1972, p. 113. Zie evenwel ook voor een vrij omvangrijke toelichting van de verleende steun het verslag van de senaatscommissie voor economische zaken bij het ontwerp van wet inzake de begroting van economische zaken, Parl. Doc. Senaat, 1976-77, nr. 5-XII, inz. p. 71 e.v.; en van de Senaatscommissie van middenstand, Parl. Doc. Senaat, 1976-77, nr. 5-XIII, inz. p. 30 e.v.

in het door art. 43 van het ontwerp-richtlijn voorziene jaaroverzicht van de gang van zaken, positie van de vennootschap en gebeurtenissen van bijzondere betekenis vermeld dient te worden in het jaar waarin zij werd verkregen. Dit jaaroverzicht dient samen met de jaarrekeningen openbaar gemaakt te worden, en kan dus door alle belanghebbenden geraadpleegd worden (1). Het zou nochtans efficiënter zijn de ontvangsten jaarlijks te vermelden, of een nota over de steunovereenkomst neer te leggen in het vennootschapsdossier.

B. Vroegtijdig stopzetten van kredietverlening

1) invloed op de rechtsbescherming

578. Ook in deze hypothese dient overlopen te worden of, en in welke mate, het belangenevenwicht verbroken wordt. Indien door het weigeren nog langer krediet te verlenen, moeilijkheden aan het licht komen die anders toch onvermijdelijk tot een staken van betalingen zouden hebben geleid, verstoort het stopzetten van de kredietverlening het belangenevenwicht van de betrokken partijen niet. Het laat dan integendeel toe op een ogenblik dat de toestand van de onderneming misschien nog niet volkomen hopeloos is geworden, naar een oplossing voor de gerezen problemen te zoeken die ieders belangen in de mate van het mogelijke vrijwaart. Wanneer omgekeerd iemand de kredietverlening stopzet aan een niet ernstig ongezonde onderneming, is het verstoren van het evenwicht afhankelijk van de reactie van de andere partijen die met de debiteur contracteren. Ofwel is er volgens hen geen voldoende reden om te twijfelen aan de kredietwaardigheid van de onderneming. Dan zal het belangenevenwicht niet verstoord worden indien de debiteur de door een schuldeiser geleverde goederen of diensten elders kan betrekken. Ofwel

(1) Art. 44, 1°.

wordt door de houding van één crediteur het krediet van de onderneming wél ernstig aan het wankelen gebracht, of kan de debiteur de geweigerde goederen of diensten om technische redenen niet elders betrekken. In beide laatste gevallen kan men stellen dat het belangenevenwicht wél is verstoord.

579. Wanneer ook anderen de kredietverlening stopzetten lijkt het nochtans overdreven te stellen dat het faillissement geprovoceerd werd door de eerste schuldeiser die de kredietverlening staakte. Een globaal wankelen van het krediet met het vastlopen van de bedrijfsactiviteit en/of van betalingen, wat daar noodzakelijkerwijze uit volgt, resulteert dan uit het feit dat een belangrijke groep schuldeisers het vertrouwen in de onderneming verliest. Een oplossing voor dit conflict zal waarschijnlijk niet kunnen worden gevonden door een verlenen van rechtsmiddelen aan benadeelden tegen de schuldeiser die door een misschien te vroeg stopzetten van de kredietverlening het vertrouwen van andere schuldeisers deed wankelen. Het lijkt meer aangewezen in dat geval het inzetten van collectieve procedures, die niet noodzakelijk leiden tot een vereffening van de onderneming, mogelijk te maken om dit conflict tussen aandeelhouders en werknemers enerzijds en de schuldeisers anderzijds op te lossen.

580. Wanneer andere schuldeisers wel bereid zijn de kredietverlening verder te zetten, maar de debiteur technisch afhankelijk is van de leverancier/kredietverlener die de kredietverlening stopzet, ontstaat er geen belangenconflict tussen de groep schuldeisers met de andere groepen, maar tussen één schuldeiser en de andere betrokkenen. In deze context kan het wel belangrijk zijn de aansprakelijkheid van de crediteur die de kredietverlening stopzette te onderzoeken. Daarbij kunnen twee hypothesen worden onderscheiden: ofwel houdt het stopzetten van kredietverlening een contractbreuk in, ofwel kan dat niet zonder meer worden gesteld, en dient een oplossing te worden gezocht volgens wegen die parallel lopen of samenvallen met de problematiek van de verkoopweigering.

2) rechtsmiddelen waarover de belanghebbenden beschikken bij vroegtijdig stopzetten van de kredietverlening

a) wanneer het stopzetten van de kredietverlening door één schuldeiser leidt tot een algeheel stopzetten van de kredietverlening

581. In dit geval is, zoals vermeld in nr. 579 een globale confrontatie van de schuldeisers en de andere kredietverleners niet langer vermijdbaar. Vermits het stopzetten van de kredietverlening normaal snel leidt tot een staken van betalingen, is aan de voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement voldaan.

b) wanneer een voortzetten van de bedrijfsactiviteit onmogelijk wordt gemaakt omdat één schuldeiser de kredietverlening stopzet, waarbij hij contractbreuk pleegt.

582. Indien het door het plegen van contractbreuk stopzetten van leveringen of andere vormen van kredietverlening, het voor de debiteur onmogelijk wordt zijn bedrijfsactiviteit verder te zetten, omdat anderen hem nog wel krediet willen verlenen maar hij voor de betrokken diensten technisch afhankelijk is van de crediteur die de kredietverlening stopzette, ontstaat een conflict tussen deze schuldeiser en alle andere bij de debiteur betrokken belangengroepen. Indien alleen een geldsom verschuldigd is ontstaat door art. 1153 B.W. een met een forfaitaire schadevergoedingsbeding vergelijkbare situatie (1). Deze schuldeiser zal contractueel aansprakelijk zijn tegenover de debiteur. Wanneer het contract een for-

(1) Zie over art. 1153 B.W. verder H. DE PAGE, O.C., III, p. 171 e.v., nrs. 139 e.v. Zie ook over het evenwicht dat de kredietverlener dient te zoeken tussen het nakomen van aangegane verbintenissen en het belang van andere partijen, met inbegrip van het cliënteel van de bank: R. CUIGNET, O.C., p. 24 e.v.

faitaire schadevergoeding voorziet, zal de schuldeiser normaal alleen daartoe gehouden zijn (1), tenzij hij nog gedwongen kan worden tot een directe uitvoering in natura (2). In dit laatste geval vervalt de hier besproken problematiek. Wanneer geen schadevergoedingsclausule voorkomt in het verbroken contract, en er geen dwanguitvoering in natura mogelijk blijkt, gelden de gewone regels inzake de wegens contractuele aansprakelijkheid verschuldigde vervangende schadevergoeding. Dit wil zeggen dat de schuldeiser die contractbreuk pleegt, gehouden zal zijn tot het vergoeden van de damnum emergens en lucrum cessans die rechtstreeks volgt uit de contractbreuk en die, indien de schuldeiser te goeder trouw was, bovendien voor hem voorzienbaar dient te zijn geweest (3). Vermits ongeacht de goede trouw van de schuldeiser alleen de rechtstreekse schade vergoed kan worden (4) dient hier eerst te worden nagegaan in hoeverre de schade die alle belanghebbenden lijden kunnen door een stopzetten van de kredietverlening, als een rechtstreeks gevolg van de contractbreuk kan worden beschouwd. Aangenomen mag worden dat wat de debiteur verschuldigd is aan andere schuldeisers, afnemers zowel als leveranciers, omdat hij hen met de opbrengst van de geplande activiteit hoopte te betalen of omdat hij andere verplichtingen tegenover hen wegens het stopzetten van de activiteit niet kan nakomen, samen met de winstderving van de in het kader van het verbroken contract geplande activiteit verhoopte winst, tot de rechtstreeks door de contractbreuk veroorzaakte schade kan worden gerekend. In veel gevallen zal geraamd kunnen worden in hoeverre de solvabiliteit van de debiteur beïnvloed werd door het niet verderzetten van de in het kader van het verbroken contract

(1) Zie over het onveranderlijk karakter van forfaitaire schadevergoedingsclausules (strafbedingen): H. DE PAGE, O.C., III, nrs. 117 e.v. en ook nr. 124b, 124 bis.

(2) H. DE PAGE, O.C., III, p. 159, nr. 123c.

(3) Zie art. 1150 en 1151 B.W. en H. DE PAGE, O.C., III, p. 137, nrs. 105 e.v.

(4) Art. 1151 B.W.

geplande activiteit. Tot de onrechtstreeks door de contractbreuk veroorzaakte schade kan de schade gerekend worden die geleden wordt door de debiteur, en eventueel andere schuld-eisers of debiteurs van de onderneming die zijn activiteit dient stop te zetten, omdat zij technisch van de te sluiten onderneming afhankelijk waren, en het stopzetten van haar ondernemingsactiviteit hen zo definitief bepaalde winst-kansen ontnemt. Deze schade volgt slechts onrechtstreeks uit de contractbreuk omdat de benadeelden in dit geval ook schade lijden bij een weigering om opnieuw te contracteren door een onderneming waarvan zij technisch afhan' gelyk zijn. Indien deze interpretatie juist is, valt zij evenwel niet noodzakelijk samen met wat beschouwd kan worden als de schade die noodzakelijk volgde uit de contractbreuk. Dit onderscheid dient gemaakt te worden omdat De Page, in navolging van Pothier meent dat art. 1151 B.W. eigenlijk alleen verplicht tot het vergoeden van de schade die noodzakelijk volgde uit de contractbreuk (1). De omvang van de voorzienbare schade is, zoals trouwens de omvang van de schade die noodzakelijk volgde uit de contractbreuk, deels afhankelijk van de mate waarin de benadeelden gelijkaardige goederen of diensten elders kunnen verkrijgen. Door tijdig een substituu't te vinden voor de geweigerde goederen of diensten kan de schade die geleden wordt door de contractbreuk in belangrijke mate worden beperkt. Indien aangenomen wordt dat een leverancier mag veronderstellen dat wie met hem contracteert ook bij anderen de door hem bewezen diensten of geleverde goederen verkrijgen kan, wordt het begrip voorzienbare schade ernstig beperkt. Maar het lijkt niet onredelijk te veronderstellen dat wie contractbreuk pleegt weet of er al dan niet concurrentie bestaat in de sector waarop het verbroken contract betrekking heeft. Dat wil zeggen of er al dan niet andere ondernemingen op de markt opereren die in feite ook aan een of meer van de eigen afnemers gelijkaardige goederen

(1) H. DE PAGE, o.c., III, p. 142 e.v., nr. 110 A.

of diensten kunnen leveren. Daarom zal waarschijnlijk ook art. 1150 B.W., waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen de voorziene en niet voorziene schade, geen ernstige beperking van de vergoedbare schade betekenen, zelfs indien de schuldeiser het contract niet door zijn opzet verbrak. Tot de voorzienbare schade wordt immers elke schade gerekend die de verbrekende partij kon voorzien (bij het sluiten van het contract) wegens de situatie van de partijen en de aard van het contract. Daarbij is niet vereist dat hij ook de omvang van de schade kan ramen (1). Hieruit mag worden afgeleid dat voor de aandeelhouders, werknemers en andere schuldeisers een verderzetten van de ondernemingsactiviteit weliswaar niet op grond van deze bepalingen verzekerd kan worden maar dat de contractbreuk de liquidatie-uitkering niet nadelig hoeft te beïnvloeden indien de schadevergoeding niet forfaitair wordt geregeld in het contract.

583. Tenslotte dient onderzocht te worden in hoeverre beroep kan worden gedaan op de regels van de burgerlijke aansprakelijkheid. Dit kan vooral belangrijk zijn wanneer het verbroken contract een forfaitaire schadevergoedingsclausule voorzag. Indien dit niet het geval is, zal de door een eventueel als onrechtmatige daad te kwalificeren contractbreuk veroorzaakte schade, niet wezenlijk verschillen van de volgens de regels van de contractuele aansprakelijkheid vergoedbare schade. Ook indien aangenomen wordt dat op grond van art. 1382 B.W. ook de indirecte schade vergoed kan worden (2), zal de in de vorige alinea als indirect-veroorzaakt beschouwde schade bij contractbreuk niet op grond van art. 1382 B.W. vergoed kunnen worden. Deze schade is niet veroorzaakt door de loutere contractbreuk maar door het volledig verbreken van een commerciële relatie. De partijen konden slechts op een verderzetten van deze relatie vertrouwen in

(1) Zie H. DE PAGE, o.c., III, p. 144 e.v., nr. 112 B.

(2) Zie over de discussie van dit punt o.a. H. DE PAGE, o.c., III, p. 958, nr. 852 bis, p. 977, nr. 963, p. 1066, nr. 1023, waarin verdedigd wordt dat de onrechtstreekse schade niet vergoed kan worden omdat dan de causaliteit ontbreekt; en contra o.a. Cass., 13 juni 1932, Pas. 1932, I, 189 en 23 januari 1933, Pas. 1933, I, 81, waar volgens De Page evenwel ook vooral over de causaliteit wordt gesproken.

de mate dat deze reeds in afgesloten contracten werd vastgelegd. Hieruit volgt dat waar geen forfaitaire schadevergoedingsclausule werd voorzien, de vraag over de mogelijkheid om te opteren tussen contractuele aansprakelijkheid en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad erg aan belang verliest. De vergoedbare schade is ongeveer of volledig dezelfde, de bewijslast inzake de schade eveneens, en het bewijs van het causaal verband kan in beide gevallen haast niet worden onderscheiden van het bewijs van de raming van de schade. Anderzijds is het gemakkelijker de contractbreuk vast te stellen dan de onrechtmatigheid ervan te bewijzen, waardoor zeker voor de benadeelde debiteurs, en zo voor hun aandeelhouders en werknemers, een beroep op de contractuele aansprakelijkheid meer voor de hand ligt. Voor de andere schuldeisers is er misschien geen wezenlijk verschil in moeilijkheidsgraad tussen de bewijsvoering bij een beroep op art. 1382 e.v. B.W., en een rechtstreeks beroep 'par économie de procédure' op de contractuele aansprakelijkheid van de contractverbrekende partij tegenover de onderneming waarmee zij de schade delen. Bovendien wordt deze vraag vrij academisch omdat derden slechts schade lijden indien hun debiteur werkelijk zijn bedrijfsactiviteit dient stop te zetten, waardoor de vraag naar schadevergoeding normaal maar in de (collectieve) vereffeningprocedure gesteld kan worden, en dan gemakkelijker kan worden afgehandeld via de vereffenaar (eventueel curator). Omdat hier een duidelijke inhoudelijke parallel bestaat met de situatie waarin derden schade lijden door een te lang rekken van de kredietverlening, waarbij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daden van de kredietverlener wordt aanvaard, mag evenwel ook hier wellicht worden besloten dat wie de kredietverlening op enigerlei wijze staakt door contractbreuk te plegen, daarvoor burgerlijk aansprakelijk kan zijn tegenover andere schuldeisers van de benadeelde contractpartner. Of de benadeelde contractpartner zelf beroep kan doen op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van wie een contract verbreekt, is na lezing van het arrest van het Hof van Cassatie van 4 juni 1971 (1) afhankelijk van het

(1) Pas. 1971, I, 940.

antwoord dat de rechter geeft op de vraag of de schade uitsluitend volgt uit een schenden van een contractuele verbintenis of evenzeer uit het schenden van een algemene zorgvuldigheidsnorm. Omdat in de hier besproken situaties de benadeelde evenwel bij hypothese geen belang bij een beroep op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad heeft, hoeft deze delicate vraag hier niet verder besproken te worden (1).

584. De vraag naar een eventueel samengaan van of optie-mogelijkheid tussen de contractuele aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, wordt wel relevant indien in het contract een forfaitaire schadevergoedingsclausule is voorzien. Derden-schuldeisers kunnen wanneer de burgerlijke aansprakelijkheid van de kredietverlener tegenover hen aanvaard wordt, dan ook indien de benadeelde contractpartner slechts ten dele op grond van de contractuele aansprakelijkheid vergoed kan worden, rechtstreeks een beroep doen op de burgerlijke aansprakelijkheid van wie de kredietverlening door het plegen van contractbreuk staakt. De schadevergoeding die zij ontvangen kunnen, verschilt daarbij niet van deze die in de vorige alinea's werd besproken. Deze regeling geldt zelfs indien het contract niet alleen een forfaitaire schadevergoedingsclausule bevat voor de contractuele aansprakelijkheid, maar ook voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, en eventueel zelfs beide vormen van aansprakelijkheid uitsloot. Deze clausules zijn immers alleen tegenstelbaar aan de partijen bij het contract en anderen waarvan men kan aantonen dat zij het beding kenden (2).

(1) Zie hierover o.a. uitgebreid H. DE PAGE, o.c., III, p. 894 e.v., nrs. 921 e.v. en ook p. 898, nr. 825. Zie ook W. VAN GERVEN, S.E.W. 1970, p. 279 e.v.

(2) Zie W. VAN GERVEN, S.E.W. 1970, p. 289 e.v. en Acta Hospitalia 1972, p. 24 e.v.; het feit dat volgens Cass., 25 september 1959 (R.W. 1959-60, 1255) inzake de contractuele aansprakelijkheid nooit het wezenlijk object van de verbintenis aangetast mag worden, is hierbij minder behulpzaam omdat deze schadegevallen nog eerder tot het grensgebied van de aanvaarde aansprakelijkheid behoren.

- c) wanneer het voortzetten van de bedrijfsactiviteit onmogelijk wordt gemaakt wegens het stopzetten van kredietverlening door één schuldeiser, zonder dat hij daarbij contractbreuk pleegt

585. In deze hypothese weigert een kredietverlener een nieuwe overeenkomst met de debiteur te sluiten waarin hem in enigerlei vorm krediet wordt verleend. De verhouding tussen deze schuldeiser en zijn debiteur en alle andere belangengroepen die bij de debiteur-onderneming betrokken zijn, dient hier daarom vanuit de problematiek van de contractweigering bestudeerd te worden. Deze materie wordt beheerst door de contractvrijheid, die ook de vrijheid niet te contracteren impliceert. Deze vrijheid wordt maar beperkt wanneer de wet een verplichting tot contracteren voorziet, of wie weigert te contracteren een rechtmatig vertrouwen verwekte dat hij wél zou contracteren. Het is niet mogelijk om in deze context het hele economisch recht te overlopen om te onderzoeken waar van enigerlei vorm van contracteerverplichting sprake kan zijn. Het moge volstaan hier te verwijzen naar enkele bepalingen, zoals sommige bepalingen i.v.m. notarissen, deurwaarders, openbare vervoerbedrijven, en art. 4 van de besluitwet van 22 januari 1945 (1). Wanneer een verplichting tot contracteren geldt, is contractweigering een onrechtmatige daad. Vermits nog geen contractuele band ontstond, kan alleen sprake zijn van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en niet van de contractuele aansprakelijkheid. Indien geen wettelijke bepalingen in een concreet geval een verplichting tot contracteren voorzien, wordt het

(1) B.S. 14 augustus 1924; zie hierover G. van HECKE, 'Vrijheid of dwang in het aanbod van goederen en diensten', in Liber Amicorum Baron L. Fredericq, II, Gent 1966, p. 999 e.v., 1002 e.v. en meer specifiek over art. 4 van het B.W. van 22 januari 1945: G. SCHRANS, 'Collectieve prijshandhaving en weigering van verkoop inzake geneesmiddelen in België', bespreking van de cassatie-arresten van 2 juni 1960 en 24 mei 1965, S.E.W. 1967, p. 345 e.v.

probleem van de contractweigering niet als zodanig geregeld, vermits in België de opvatting geldt dat ook boycot onrechtmatig is indien het daarmee beoogde doel niet rechtmatig is (1). Daarom kan voor een bespreking van het Belgisch recht wellicht het schema gevolgd worden dat in Nederland en goeddeels ook in Frankrijk wordt gehanteerd bij de bespreking van contractweigering (2).

586. Daarbij worden drie situaties onderscheiden. Ofwel is er geen enkele vorm van aanbod gedaan door wie weigert te contracteren. In die gevallen prevaleert de contractvrijheid en kan er noch op de contractuele aansprakelijkheid, noch op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad beroep worden gedaan. Ofwel is er wél sprake van enige vorm van aanbod. Indien dit aanbod expliciet en onvoorwaardelijk werd gericht tot iemand met wie de aanbieder nadien weigert te contracteren (3), betekent deze contractweigering een contractbreuk en kan dus naar de vorige alinea's verwezen worden. Wanneer het aanbod onvolledig bleef, is nog geen sprake van een contractuele band, en dus evenmin van contractuele aansprakelijkheid, wanneer een onvolledig aanbod omschreven wordt als elk begin van aanbod dat nog geen rechtsgeldig (volledig) aanbod is (4). In sommige gevallen kan nochtans wel de burgerlijke aansprakelijkheid ter

(1) Zie hierover de eerder vermelde arresten van het Hof van Cassatie van 2 juni 1960 en 24 mei 1965 en de bespreking van Schrans in S.E.W. 1967, p. 345 e.v.

(2) Zie hierover J.J. NAGELKERKE, Contractweigering in het Franse en het Nederlandse recht, Deventer 1973, p. 162-166; en ook J.-C. SERNA, Le refus de contracter, Paris 1967, p. 219 e.v.

(3) Zie over de mogelijkheden om een aanbod te beperken de eerder geciteerde bijdrage van van Hecke in het Liber Amicorum Frédéricq, p. 1001 e.v.

(4) J.J. NAGELKERKE, o.c., p. 92 e.v. en 164 e.v.; zie over het aanbod in het Belgisch recht o.a. H. DE PAGE, o.c., II, p. 494 e.v., nrs. 505 e.v.; over de belofte tot contracteren, p. 507 e.v., nrs. 514 e.v.; over het eigenlijke aanbod, p. 489 e.v., nrs. 497 e.v.; over het onderscheid tussen de .../...

sprake komen van wie weigerde te contracteren tegenover wie wenste te contracteren. Hierbij kan verwezen worden naar het leerstuk over de culpa in contrahendo (1) en over de vertrouwensleer (2). Een beroep op de vertrouwensleer is mogelijk indien iemand te goeder trouw, op grond van een aan de andere partij toerekenbare schijn, aan mocht nemen dat een bepaalde commerciële relatie zou worden verder gezet, ook wanneer daartoe nog nieuwe overeenkomsten gesloten dienden te worden. Bij het appreciëren daarvan dient uiteraard rekening gehouden te worden met branche-gebruiken die al wie in een bedrijfstak werkzaam is, geacht wordt te kennen. Vermits in België eens in een concreet geval beroep wordt gedaan op de vertrouwensleer, daarbij impliciet niet alleen op de billijkheid maar ook op de rechtszekerheid wordt gesteund (3), kan de verschuldigde schadevergoeding het uitvoeren van de overeenkomst omvatten die volgens de benadeelde partij gesloten werd of zeker zou gesloten worden. Indien deze vorm van schadevergoeding toegekend wordt verschilt de vergoedbare schade niet van deze die ook bij contractbreuk vergoed kan worden. Een belangrijk verschil is wel dat in de meeste gevallen derden-schuld-eisers niet rechtstreeks beroep kunnen doen op een vordering ex art. 1382 B.W. e.v. tegenover wie weigert te contracteren. Het is minder waarschijnlijk dat ook zij omwille van een aan wie weigert te contracteren toerekenbare schijn, er op konden betrouwen dat deze partij met een van hun debiteurs nog verder contracten zou sluiten die het

(4) ./.. verschillende fasen bij de voorbereiding van een overeenkomst en de bindende kracht (of het ontbreken van -) van besprekingen die noch tot een belofte tot contracteren, noch tot een eigenlijk aanbod leiden.

(1) H. DE PAGE, o.c., II, p. 543 e.v., nrs. 557 e.v. waarin De Page ook uitdrukkelijk stelt dat slechts van burgerlijke aansprakelijkheid sprake kan zijn (nr. 558) en dat het naar zijn mening gevaarlijk is dit leerstuk toe te passen in situaties waar geen sprake kan zijn van een eigenlijk aanbod.

(2) Zie W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 210 e.v. en meer specifiek over de toepassingsvereisten, p. 227 e.v.

(3) Zie W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 225.

hun debiteur mogelijk zouden maken om zijn bedrijfsactiviteit verder te zetten.

587. De verhaalmiddelen die een beroep op de vertrouwensleer biedt, mogen niet worden overschat. Het weigeren nieuwe contracten te sluiten wordt niet in se onrechtmatig indien er sinds lang een commerciële relatie tussen twee ondernemingen bestaat, zelfs indien een van beide technisch afhankelijk is van het sluiten van deze contracten. In veel gevallen zal slechts van een berekenbare schijn sprake zijn indien het onderscheid met een werkelijk aanbod nog slechts erg subtiel is, en bij een normatieve interpretatie van rechtshandelingen zelfs al van een aanbod kan worden gesproken (1). De hier besproken rechtsmiddelen zullen daarom dikwijls alleen maar toegankelijk worden door de vermelde situaties praktisch te herleiden tot vormen van contractbreuk.

588. Het probleem van de contractweigering bij technisch afhankelijke ondernemingen blijft daarom in alle scherpste gesteld. De vrijheid tot contracteren is ongetwijfeld een van de belangrijkste fundamenteën van een rechtsstaat. Samen met een, althans niet principiële verwerpen van enigerlei vorm van eigendomsrecht, lijkt het een noodzakelijk instrument om reële inhoud te geven aan de vrijheid van handel en nijverheid. Dit is in het licht van de hier gehanteerde omschrijving van het economisch recht, de vrijheid in het ontplooiën van een professionele bedrijvigheid (2). Nagelkerke beschouwt de contractvrijheid niet als een subjectief recht maar als een competentiebevoegdheid. In navolging van Dooyeweerd acht hij het niet mogelijk de contractvrijheid als een subjectief recht te beschouwen omdat de betrokkenheid op een rechtsobject ontbreekt (3).

(1) Zie over de normatieve uitleg van rechtshandelingen uitgebreid: J.M. VAN DUNNE, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, Deventer 1971, p. 9 e.v., 110 e.v.; zie daarentegen voor een toerekeningsleer die een meer genuanceerd evenwicht nastreeft tussen de belangen van partijen: P. VAN SCHILFGAARDE, Toerekening van rechtshandelingen, Deventer 1969, vnl. p. 170 e.v.

(2) (3) .../...

Deze argumentatie kan niet erg overtuigen. In het door Van Gerven geschetste analyse apparaat is de betrokkenheid op een rechtsobject, zelfs wanneer men niet met Dabin aanneemt dat de vrijheid hier als object kan fungeren (1), niet essentieel voor subjectieve rechten. Deze kunnen ook een potentialiteit (tot betrokkenheid) zijn, zoals blijkt uit de beschrijving van het begrip power (2). Dit is niet zonder belang omdat misbruik van de contractvrijheid, zoals Nagelkerke trouwens opmerkt, gemakkelijker begrepen kan worden indien de contractvrijheid als een subjectief recht wordt opgevat (3) vooral omdat Van Gerven de contractvrijheid bovendien rekent tot de bevoegdheden die weliswaar niet strikt doelgebonden zijn maar evenmin volkomen discretio-
nair (4). Het instrumentaal karakter van de contracteer-
vrijheid in een geheel van rechten en vrijheden dat de professionele bedrijvigheid en het economisch handelen van particulieren beschermt en omkadert, ontnemt deze vrijheid

(2) Zie U. BERNITZ, P.T.O. Comm. 1971, p. 2 e.v.
W. VAN GERVEN, S.E.W. 19 , p. 406 e.v.; M. GOTZEN, Vrij-
heid van beroep en bedrijf & onrechtmatige mededinging,
Brussel 1963, I, p. 457 e.v. en 422 e.v.; deze auteurs
spreken niet expliciet over het eigendomsrecht in functie
van de vrijheid van handel en nijverheid. Over de aard van
de contracteervrijheid: W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 93
e.v., nr. 32 en p. 168 e.v., nr. 65 e.v., alsook p. 170;
en J.J. NAGELKERKE, o.c., p. 77 e.v.

(3) Zie J.J. NAGELKERKE, o.c., p. 77.

(1) Zie J.J. NAGELKERKE, o.c., p. 77, noot 9.

(2) Zie W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 87 e.v., en ook p.
90 e.v. Zie ook voetnoot onder nr. 438.

(3) J.J. NAGELKERKE, o.c., p. 78, noot 18.

(4) W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 169. SERNA o.a. spreekt
zich niet uit over het rechtskarakter van de contractvrij-
heid, maar wel over dat van de contractweigering. Hij ver-
werpt daarbij het leerstuk van het rechtsmisbruik als grond-
slag, en herleidt de toepassingsgevallen tot situaties waar
al enigermate van aanbod sprake is, waardoor hij ons terug
brengt tot het uitgangspunt van deze alinea: zie J.-C.
SERNA, o.c., p. 132 e.v. en ook p. 139 e.v., 162 e.v. en
219 e.v.

trouwens al elke aanspraak op een absoluut, discretionair karakter. Het feit dat de contracteervrijheid geen door de wet bepaalde plaats kreeg in een hiërarchie van rechten en vrijheden, en rechtsmisbruik steeds meer voor mogelijk wordt gehouden in sectoren waar slechts door contracten misbruik van rechten kan worden gemaakt, verleent een bijkomende overtuigingskracht aan de opvatting van auteurs die de contracteervrijheid rekenen onder de noch discretionaire, noch strikt doelgebonden groep bevoegdheden in het geheel van de subjectieve rechten (1). Uiteraard dienen beperkingen van contracteervrijheid wel met de grootst mogelijke voorzichtigheid onderzocht te worden om een volledig uithollen van de vrijheid te beperken.

589. Het streven naar een betere bescherming bij contractweigering hoeft nochtans niet eens altijd zo riskant te zijn. Praktisch betekent een contractweigering, zoals uit de vorige alinea's blijkt, alleen een belangrijke beperking van de kansen van anderen om hun bedrijvigheid normaal te ontplooien, indien wie weigert te contracteren over een economische machtspositie beschikt (2). Indien de weigerende partij al over een machtspositie beschikte toen de benadeelde partij een bedrijvigheid begon waarin hij van de eerste onderneming of groep ondernemingen afhankelijk werd, kan het risico dat uit de machtspositie volgt, nog tot de vrijwillig genomen risico's gerekend worden, tenzij de benadeelde partij omwille van bepalingen uit het mededingingsrecht er op mocht betrouwen dat deze machtspositie zou worden beëindigd of althans zonder gevolgen zou blijven. Onder voorbehoud van de mededingingsrechtelijke aspecten, lijkt het in deze hypothese dus niet verantwoord om bij contractweigering van misbruik van recht tegenover de benadeelde partij te spreken. Dikwijls wordt een afnemer

(1) Zie vorige noot, en over toepassingsgevallen van de leer inzake misbruik van recht: W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 104 e.v. en ook p. 192. Zie eveneens voetnoot onder nr. 438.

(2) Deze machtspositie kan uiteraard verschillende vormen aannemen of oorzaken hebben: de enige leverancier zijn van bepaalde goederen of diensten in de betrokken geografische .../...

daarentegen tijdens het uitoefenen van een bepaalde bedrijfsactiviteit omwille van een concentratie in een van de sectoren waarvan hij diensten of goederen dient te betrekken, afhankelijk van een bepaalde onderneming of ondernemingsgroep. Het ontbreken van alternatieve toeleveringswegen kan dan niet langer als een aan het beginnen van een bepaalde bedrijfsactiviteit inherent risico worden beschouwd. Omdat ondernemingen gedurende een lange periode in een bepaalde sector bedrijvig kunnen zijn, dient het vorige onderscheid voldoende te worden genuanceerd. Bij kleinere ondernemingen, waarin de zaakvoerder majoritair aandeelhouder is, of waar iemand een controlepakket aandelen bezit, kan normaal niet het begin van de ondernemingsactiviteit, maar het verwerven van het aandelenpakket als ogenblik worden beschouwd waarop de met de activiteit verbonden winstkansen en het verliesrisico genomen werden, in plaats van de datum waarop de onderneming werd opgericht. Wanneer een dergelijke datum niet bepaald kan worden en de onderneming bepaalde producten al afnam voor er in die sector een machtspositie ontstond, dient de onderneming wellicht gerekend te worden tot de groep die de ondernemingsactiviteit begon zonder het afhankelijkheidsrisico te kennen. Slechts tegenover die groep stellen de contractweigering en de technische afhankelijkheid in de hier besproken context rechtsbeschermingsproblemen.

590. Omdat het aantal gevallen waarin contractweigering problemen stelt, beperkt blijft, kan er ook gemakkelijk naar een betere bescherming van de benadeelden worden gezocht zonder de contracteervrijheid in gevaar te brengen. De

(2) ./.. machtssector, afspraken met concurrerende ondernemingen om gezamenlijk elk contracteren te weigeren in bepaalde gevallen, etc.

problemen ontstaan immers alleen in gevallen waar de mededinging ontbreekt en voordien reeds door wie weigert te contracteren of wie door hem van de markt werd verdreven, met de benadeelde werd gecontracteerd. In alle situaties waar de mededinging ontbreekt door miskenning van Belgische of Europese mededingingsregels, kan daarom via het mededingingsrecht en de regels inzake onrechtmatige daad naar een oplossing worden gezocht.

591. De vraag blijft delicateser wanneer geen mededingingsrechtelijke bepalingen werden geschonden. Maar ook in die situaties beschikt wie weigert te contracteren over een machtspositie die a-typisch is voor de rechtssfeer waarvoor de contracteervrijheid werd geconcipieerd (1). De vrijheid van handel en nijverheid en het beginsel van de vrije mededinging mogen weliswaar niet zo gelezen worden dat wij aan marktdeelnemers een keuze van leveranciers en afnemers waarborgen. Art. 7 van het decreet van 2-17 maart 1791 waarborgt geenszins het bestaan van mededinging (2). Deze beginselen schetsen wel een marktdeel dat voorstond bij het ontwikkelen van andere noties, zoals de contracteervrijheid. Bij ontbreken van mededinging ontbreekt het marktmechanisme dat normaal een evenwicht tussen de belangen van de betrokkenen moet helpen nastreven. In talloze gevallen werden daarom in zulke en andere situaties waarin het marktmechanisme niet tot de gewenste resultaten heeft geleid, door de wetgever ingegrepen om meer expliciet aan de behoeften van

(1) Zie W. VAN GERVEN, S.E.W. 1971, p. 406 e.v., 410 e.v. en vnl. 412; J.J. NAGELKERKE, o.c., p. 105 e.v., inzake misbruik van machtspositie, en 110, 113 e.v. inzake boycot en de verhouding tussen contracteervrijheid en concurrentievrijheid; deze argumentatie verliest daarentegen aanzienlijk aan overtuigingskracht indien men privaatrechtelijke werking aan de regels inzake vrijheid van handel en nijverheid ontzegt, zoals J.-C. SERNA, o.c., p. 141 e.v. en met dezelfde strekking p. 129 e.v.; voor België evenwel tegengesproken door Cass., 12 juli 1917, P.P. 1915-1920, III, nr. 76, besproken door M. GOTZEN, o.c., I, nr. 416 met het voorbehoud voor een mogelijke kentering in de rechtspraak na Cass., 2 juni 1960, Pas. 1960, I, 1133, besproken door M. GOTZEN, o.c., I, nr. 417 en 419 e.v., waarbij Gotzen besluit dat men eigenlijk niet anders kan dan privaatrechtelijke werking toekennen aan de wet d'Allarde.

(2) M. GOTZEN, o.c., I, nr. 429.

de sector aangepaste regels vast te leggen. Maar ook indien de wetgever het niet nodig oordeelde de mededinging in een bepaalde sector te regelen, en zelfs de algemene bepalingen van het mededingingsrecht niet werden geschonden, wijzen het bestaan van mededingingsrecht en het leerstuk over rechtsmisbruik op de betrekkelijke relativiteit van principes zoals de contracteervrijheid. Het ontbreken van mededinging kan daarom, ook in die gevallen waarin het eigenlijke mededingingsrecht niet ter sprake komt, een nuancering van de aansprakelijkheidscriteria verantwoorden. In Nederland werd dit vrij uitdrukkelijk gesteld door de Hoge Raad (1), en zeer uitdrukkelijk in de commentariërende rechtsleer (2). Van der Grinten oordeelt dat een monopolie de gelijkheid van positie doorbreekt en dat zulks voor het recht gevolgen heeft. Hij meent dat wie een overwicht heeft bij een beslissing rekening behoort te houden met de invloed daarvan op de belangen van anderen. Indien hij dit niet of onvoldoende doet, maakt hij volgens van der Grinten misbruik van zijn machtspositie en handelt hij onrechtmatig (3). Belangrijk daarbij is dat van der Grinten en de andere auteurs een verantwoordelijkheidsbegrip bepleiten dat alleen van de belangrijkheid van de machtspositie afhankelijk is, ongeacht de oorsprong van deze machtspositie. Het ware immers verdedigbaar alleen onrechtmatige

(1) Hoge Raad, 24 mei 1968, N.J. 1968, 252, geannoteerd door van der Grinten in A.Ae., XVIII (1969), p. 133 e.v.

(2) Zie vorige noot en W.C.L. van der GRINTEN, 'Marginale Toetsing', in Op de grenzen van het komend recht, Deventer 1969, p. 119; J.J. NAGELKERKE, o.c., p. 105 e.v. en vnl. p. 107 en 108, waar ook de door Borst ontwikkelde combinatie- en gradatie methode beschreven wordt.

(3) Zie W.C.L. van der GRINTEN, A.Ae., XVIII (1969), l.c. Zie ook H.v.J., 6 maart 1974, Istituto Chemisterapico Italiano SpA en Commercial Solvents Corporation t. Commissie, zaken 6 en 7/73, Jurispr. 1974, p. 223 e.v. en Besch. Commissie, 17 december 1975, United Brands Co., Publ. E.G., L, 9 maart 1976. Zie hierover o.a. M. SIRAGUSA, Application of art. 86: tying arrangements, refusals to deal, discrimination, and other cases of abuse, in J.A. VAN DAMME (ed.), La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire, Brugge 1977, p. 413 e.v.

contractweigering door misbruik van contracteervrijheid vast te stellen indien de machtspositie bewust werd nagestreefd door wie weigerde te contracteren. De door van der Grinten e.a. voorgestelde benadering kan moeilijke bewijsvoeringsvragen an kwalificatieproblemen helpen vermijden. Hij blijkt ook bij het nastreven van een globaal belangen-evenwicht verdedigbaar. Ook zij die een machtspositie verkregen zonder deze zelf na te streven, genieten immers de voordelen die een machtspositie geven kan. Dit verantwoordt het toepassen van de bijzondere aansprakelijkheids-criteria die anderen tegen het misbruiken van deze voordelen dienen te beschermen.

592. Samenvattend lijkt het daarom wenselijk de gevallen waarin contractweigering aanleiding kan geven tot schadevergoeding, niet te beperken tot situaties waarin een normatieve interpretatie van rechtshandelingen misschien al tot het gelden van een aanbod zou laten besluiten, maar bij een appreciatie van de contracteervrijheid uit te gaan van de eerder vermelde door Van Gerven geschetste classificatie van subjectieve rechten, en daarbij het leerstuk over misbruik van rechten naast de wilsleer en de vertrouwensleer in aanmerking te nemen. Indien contractweigering aldus benaderd wordt, kan naarmate wie weigert te contracteren over een sterkere machtspositie beschikt, een contractweigering eerder onrechtmatig worden beschouwd. Daarbij zijn de mate waarin wie weigerde te contracteren eerst een aanbod meende te doen, of wie benadeeld werd mocht aannemen dat een aanbod werd gedaan, nog slechts twee van de elementen die de rechtmatigheid van de contractweigering kunnen beïnvloeden. Ook inzake deze twee elementen maakt die optiek het trouwens begrijpelijk dat strengere criteria kunnen worden gehanteerd bij de toepassing van de vertrouwensleer op monopolie- of andere machtsposities dan op situaties waarin er een concurrentie bestaat. Hiermee wordt niet beweerd dat de schade die derden door een contractweigering in een faillissementsrechtelijke context kunnen lijden, telkens verhaald zal kunnen worden op wie weigert te contracteren.

Maar de hier geschetste benadering van de contractweigering als misbruik van de contracteervrijheid of schending van rechtmatig vertrouwen kan een richtlijn bieden bij het af-tasten van de onrechtmatigheid van een contractweigering, zonder dat men daarbij beperkt blijft tot de sector waarin contractweigering op enigerlei wijze tot contractbreuk kan worden herleid, en zonder dat de contracteervrijheid principiëel in het gedrang komt. Het onderzoeken van de ware draagwijdte van de contracteervrijheid is daarentegen de eigenlijke richtlijn.

C. Rechtstreeks aanvechten van het beleid van de debiteur

593. Tenslotte kan worden overwogen om aan de schuldeisers een vordering toe te kennen om het beleid van de debiteur rechtstreeks voor de rechter aan te vechten, naar analogie met de actio mandati, en de voorgestelde actio socii (1) een werknemersvordering (2).

1) naar Belgisch recht

594. In het nu geldende Belgisch recht kunnen schuldeisers die niet betaald worden, of vrezen niet betaald te worden, om het faillissement van hun debiteur verzoeken. In nr. 383 werd al gesteld dat het in een ondernemingsge-wijze georganiseerde economie voor de rechtsbescherming niet aangewezen is aan de schuldeisers een vordering toe te kennen om in te grijpen in het beleid van hun debiteur. Zij hebben op hun contractpartners geen andere aanspraken dan deze die zij ontleen aan een contract of aan wettelijke bepalingen. Een evenwicht in de rechten en plichten van schuldeisers en debiteurs moet daarom gezocht worden in procedures over het uitvoeren van welbepaalde contracten

(1) Zie nrs. 497 e.v.

(2) Zie nrs. 520 e.v.

of het naleven van wettelijke bepalingen, zoals voorgestaan werd in de nrs. 558 e.v. en 578 e.v. inzake de verplichtingen van leveranciers en andere kredietverleners. Zowel ter bescherming van een schuldeiser tegenover wie een debiteur zijn verbintenissen niet nakomt, als ter bescherming van de gelijkheid tussen de schuldeisers, dient hierop een uitzondering te worden gemaakt wanneer een debiteur insolvable is geworden, en elke transactie de rechten van alle belanghebbenden aantasten kan. Dan dient iedere belanghebbende het recht te hebben om het inzetten van een collectieve procedure te vorderen, d.i. een procedure waarbij alle belanghebbenden samen de verhoudingen tussen de debiteur en de schuldeisers reorganiseren. Om alle misverstand op dit punt te vermijden, verdient het aanbeveling om aan de voorwaarden die nu opgesomd worden in art. 437, 1° lid W.v.K., toe te voegen dat een faillissement in ieder geval uitgesproken kan of moet worden wanneer de debiteur insolvable is (1). Maar zolang er geen reden is om te vrezen dat de debiteur zijn verplichtingen niet langer na kan komen, vergt de rechtsbescherming niet dat een schuldeiser het beleid van zijn debiteur rechtstreeks zou kunnen aanvechten.

595. Deze opvatting heeft als nadeel dat het ook de belangen van andere betrokkenen schaden kan wanneer een schuldeiser gedwongen is te wachten tot hij het faillissement van de debiteur kan vorderen, om een door hem ongunstig geachte evolutie in een onderneming te stuiten. Het verdient daarom aanbeveling de schuldeisers wel de mogelijkheid te geven om aan te dringen om het inzetten van andere procedures die georganiseerd worden om faillissementen te helpen voorkomen. In die zin is het verheugend dat de huidige versie van het wetsontwerp inzake beheer met bijstand ook voor een schuldeiser of groep schuldeisers die ten minste een derde van de

(1) Zie nr. 563.

schuldvorderingen vertegenwoordigen, de bevoegdheid krijgt om om het inzetten van de procedure te verzoeken (1). Daarbij is belangrijk dat een dergelijk vorderingsrecht het inzetten van een collectieve procedure betreft, en niet aan individuele schuldeisers het recht geeft om bepaalde beslissingen aan te vechten, of hen die deze beslissingen namen, ter verantwoording te roepen.

596. Het opteren voor een ruimer controlerecht, waarbij alle belanghebbenden beslissingen van ondernemingen kunnen aanvechten, is verdedigbaar in het kader van de in nr. 60 geschetste visie op het economisch recht. Maar een dergelijke actio popularis dient dan niet alleen toegekend te worden aan de schuldeisers, maar ook aan verbruikers, omwonenden en al wie een belang aan kan tonen. Wanneer een zo drastisch opentrekken van de onderneming hier niet bepleit wordt, doet zulks nochtans geen afbreuk aan wat in nr. 60 werd gesteld. Maar omdat, zoals besproken werd in de nrs. 558 e.v. en 578 e.v. betreffende kredietverleners, de juiste draagwijdte van veel van de beter omschrijfbare verbintenissen tussen ondernemingen nog slechts zelden is gekend, lijkt het voorbarig om een zo ruim controlerecht te introduceren. Door slechts procedures betreffende specifieke contractuele of wettelijke verbintenissen, of collectieve procedures te voorzien, wordt vermeden dat een onderneming 'belaagd' wordt met vorderingen waarbij allerlei beslissingen aangevochten worden door ondernemingen en particulieren die hopen daar enig voordeel uit te kunnen halen. Het verlies aan rechtszekerheid en de hoge procedurekosten waar dit toe zou leiden, zouden de rechtbanken trouwens naar alle waarschijnlijkheid tot een uiterste terughoudendheid inspireren (2).

2) communautairrechtelijke voorstellen

597. Zowel het voorstel voor een vijfde richtlijn inzake de structuur van de N.V. als het voorstel voor een verordening betreffende het statuut van de S.E., gaan een stap verder. In beide teksten wordt aan elke schuldeiser die geen betaling verkrijgen kan, de vordering tot schadevergoeding op de leden van de organen van bestuur en toezicht toegekend die in hoofde

(1) Zie Parl. Doc. Senaat, 1976-77, 1030, nr. 1, art. 2 zoals omgezonden door de Kamer. Vgl. Parl. Doc. Kamer, 1975-76, 937, nr. 1, art. 2. Opgemerkt moet worden dat niet voorzien is hoe het totaal bedrag van de schuldvorderingen berekend dient te worden.

(2) Zie bijv. voor Engeland, nr. 457.

van de vennootschap als actio mandati wordt aangeduid (1). De schuldeisers kunnen deze vorderingen waarschijnlijk, maar dit blijkt niet expliciet uit de tekst, in eigen naam en voor eigen rekening instellen. In de toelichting bij het voorstel voor een vijfde richtlijn worden deze bepalingen gemotiveerd door te stellen dat het onbillijk zou zijn wanneer schuldeisers onbetaald blijven omdat de vennootschap nalaat de vennootschapsvordering of actio mandati in te stellen. Er blijkt evenwel noch uit de tekst, noch uit de toelichting wanneer moet worden aangenomen dat een schuldeiser geen betaling kan verkrijgen. Normalerweise moet worden verondersteld dat een schuldeiser nog betaald kan worden zolang er geen reden is om de debiteur failliet te verklaren. Een faillissement kan nochtans in sommige gevallen vermeden worden wanneer een deel van de schuldenlast nog vóór het uitspreken van een faillissement kan worden overgedragen op de beheerders en commissarissen, die bij hypothese nadien toch in vrijwaring kunnen worden gedagvaard. Hiermee wordt evenwel alleen een sluiten van de onderneming vermeden in die gevallen waarin het uitbreiden van het faillissement of in vrijwaring dagvaarden van de beheerders of commissarissen, in de faillissementsprocedure, ook zou volstaan om de onderneming terug leefbaar te maken. Wat vermeden wordt is dus alleen het uitspreken van een faillissement en de schade die dit op zichzelf aan een onderneming kan berokkenen. Maar in alle gevallen waarin het uitbreiden van het faillissement of het in vrijwaring dagvaarden van beheerders of commissarissen niet volstaat om de passiva aan te zuiveren, kan ook een rechtstreekse vordering van sommige schuldeisers op beheerders en commissarissen het sluiten van de onderneming niet vermijden. In die gevallen kan in België de gelijkheid tussen de schuldeisers zelfs worden geschaad door het toekennen

(1) Zie art. 19 voorstel vijfde richtlijn en art. 72, 4° ontwerp statuut S.E. Zie betreffende deze voorstellen de actio mandati in nr. 449.

van een rechtstreekse vordering, omdat zoals in nr. 235 werd gesteld, een samenloop mogelijk is tussen rechtstreekse vorderingen van schuldeisers op beheerders of commissarissen en de vordering van de curator in naam van de massa, waarin vorderingen met dezelfde oorzaak kunnen zijn opgenomen. Het verdient om deze redenen, en omwille van de figuur zelf van de organieke vertegenwoordiging (1), de voorkeur dat alle vorderingen die hun oorsprong vinden in transacties met een vennootschap, tegen de vennootschap ingesteld worden, en dat slechts de vennootschap eventuele regresvorderingen instelt. Een begrijpelijke terughoudendheid bij de vennootschap om zelf in het voordeel van derden een vordering in te stellen tegen leden van eigen organen, kan worden vermeden wanneer de suggestie wordt weerhouden om aan de rechter de bevoegdheid te verlenen om ambtshalve een actio mandati in te stellen (2). Schuldeisers die vrezen geen betaling te kunnen verkrijgen, kunnen zich dan tot de rechter wenden om het uitspreken van een faillissement te vorderen, of tot de depistagedienst om om een onderzoek te verzoeken, waarna de rechter, indien hij zulks nuttig oordeelt, de actio mandati in kan stellen voor de vennootschap, en de vennootschap eventueel kan meedelen dat de ingevorderde schadevergoeding aangewend kan worden om deze schuldeisers te betalen wanneer men een faillissement wil vermijden. Wanneer een faillissement niet vermeden kan worden, heeft de curator altijd de bevoegdheid om de actio mandati in te stellen (3).

(1) Zie hierover J. RONSE, Vennootschapsrecht, p. 360 e.v.

(2) Zie nr. 496.

(3) Zie J. RONSE, o.c., p. 459.

Afdeling IV. Overheidssteun aan ondernemingen in moeilijkheden

§ 1. De plaats van de overheidssteun in het faillissementsrecht

593. Wanneer eenmaal de moeilijkheden van een onderneming gekend zijn, kunnen de betrokkenen trachten hun positie te beschermen door de in de vorige afdeling besproken rechtsmiddelen aan te wenden, en kan de rechtbank binnen de in de volgende paragrafen te bespreken grenzen de conflicten die daarbij rijzen proberen te beslechten. Meestal zal daarbij evenwel, zoals bleek in de vorige afdeling, alleen een zo billijk mogelijke verdeling kunnen worden nagestreefd van de door de moeilijkheden veroorzaakte schade, samen met een inperken van de schade door een verder verslechteren van de toestand zo mogelijk te vermijden door een wijziging van het beleid van de onderneming. Alleen bij de in nrs. 578 e.v. vermelde problemen bij vroegtijdige stopzetting van kredietverlening, kan de door de rechtbank gekozen oplossing de economische gegevens van het probleem substantieel wijzigen door het krediet aan de onderneming te verruimen. Maar juist op dit punt bleek de manoeuvreerruimte van de rechter uiterst marginaal en tot op heden vrijwel onbenut. In de meeste gevallen zal daarom alleen door het weren van vorderingen en andere ingrijpende beslissingen de druk op een onderneming kunnen worden verlicht. Hiertoe is het inzetten van de in het volgende hoofdstuk te bespreken procedures noodzakelijk. Deels omdat niemand graag enkele van zijn vorderingen wenst te laten vallen, en om andere daar te bespreken redenen, wensen de meeste betrokkenen het inzetten van deze procedure zoveel mogelijk uit te stellen. Daarom zal men dikwijls vóór een faillissement is uitgesproken of een concordaat aangevraagd, trachten bijkomende werkmiddelen te verkrijgen. Vermits de private sector deze bij hypothese niet meer ter beschikking wil stellen - anders was er geen probleem - dient hierbij op de overheid beroep te worden gedaan. Om deze redenen wordt de overheidssteun op deze plaats besproken.

594. Dat de overheidssteun ter sprake komt vóór het onderzoeken van de collectieve procedures, is niet zo vanzelfsprekend (1). Het impliceert op de eerste plaats dat overheidssteun wordt overwogen vóór alle middelen die alleen de betrokkenen raken, zijn uitgeput. De meningen over de wenselijkheid hiervan kunnen uiteenlopen. Enerzijds kan worden

(1) Zie voor vragen over de plaats van de overheidssteun in het faillissementsrecht ook: W. VAN GERVEN, Lustrumboek Jura Falconis, p. 194.

betreurd dat gemeenschapsgelden worden aangewend vóór het vaststaat dat dit de enige weg is die nog een kans laat op het vermijden van het sluiten van de onderneming. Bij het huidige beleid wordt ervan uitgegaan dat overheidssteun kan worden aangewend om het verder bestaan van de onderneming in abstracto, of eventueel van de werkgelegenheid, te beschermen. Wanneer geen duidelijke rangorde wordt vastgesteld in de te beschermen belangen, of niet duidelijk wordt gesteld dat de overheid niet tussenkomt om een bij de onderneming betrokken groep te beschermen, kan een overheidstussenkomst telkens verantwoord zijn wanneer geen oplossing kan gevonden worden zonder een of meer betrokkenen, uit om het even welke groep, ernstig te benadelen. Bij een visie op de onderneming waarbij aandeelhouders, werknemers en schuldeisers (en afnemers) samen het ondernemingsrisico delen, en daarom het evenwicht tussen hun belangen moet worden beschermd, is het immers onlogisch wél tussente komen nadat iedereen zoveel heeft toegegeven als afgedwongen kan worden in collectieve procedures, en niet wanneer in die collectieve procedures alleen een oplossing kan worden gevonden die het evenwicht duidelijk ten nadele van een van de betrokkenen verbreekt. Alleen voor het beschermen van de werknemers lijkt binnen die ondernemingsvisie, die doorwerkte in de vorige afdelingen, een uitzondering op deze regel logisch te verantwoorden. Werknemers kunnen het beleid van de onderneming minder soepel beïnvloeden dan de aandeelhouders, en zijn hechter met de onderneming verbonden dan de schuldeisers, waardoor zij op een andere manier delen in het ondernemingsrisico. Het kan daarom worden verantwoord dat de overheid wel optreedt om hun belangen te beschermen, zonder daarom bij elke drastische verstoring van het belangenevenwicht tussenbeide te komen, noch te wachten tot het verder bestaan als zodanig in het gedrang komt (1).

(1) Het hoeft daarom niet te verwonderen dat in rechtspraak waarin de rechter maatregelen nam om het verder werken van de onderneming te vrijwaren, verwezen werd naar het belang van de onderneming als deel van het nationaal patrimonium, en de werkgelegenheid. Zie bijv. Voorz. Rb. Kph. Antwerpen, 17 juli 1958, R.C.J.B. 1959, p. 359. Een andere uitspraak verwijst ook naar het belang van de schuldeisers en weegt het belang van beide groepen impliciet af tegenover dat van .../...

Eén van de argumenten die pleiten tegen het uitstellen van het toekennen van overheidssteun tot werkelijk alle uitwegen zijn onderzocht, is dan ook dat een dergelijke houding onbillijk kan zijn tegenover de betrokkenen die een deel van hun rechten verloren zagen gaan en moeten vaststellen dat pas daarna een steun wordt toegekend die dit had kunnen vermijden.

595. Nauw daarmee verbonden is de algemene opmerking dat de efficiëntie van de steun, en de herstelkansen van de onderneming ernstig kunnen worden geschaad door pas steun toe te kennen nadat in collectieve procedures heel wat tijd is verlopen sinds het vaststellen van de moeilijkheden. Bij het beoordelen van dit argument moet een onderscheid worden gemaakt tussen de vertraging als zodanig, en het verminderen van de herstelkansen wegens het ondermijnen van het vertrouwen in de onderneming door de ongunstige publiciteit die volgt uit een faillissement of een gerechtelijk akkoord. Dit laatste aspect zal verder worden besproken bij een onderzoek naar de mate waarin de collectieve procedures uit het Belgische faillissementsrecht kunnen beantwoorden aan de in dit hoofdstuk gestelde rechtsbeschermingsvragen. Het argument dat aan een eventueel tijdsverlies zelf wordt ontleend, is slechts gedeeltelijk tot die vraag te reduceren. In collectieve procedures is het uiteraard ook om andere redenen dan een verhogen van de efficiëntie van eventueel toe te kennen overheidssteun, wenselijk zo snel mogelijk tot een oplossing te komen. Een nodeloos tijdrovende procedure is nooit een goede procedure. Bovendien is het zoals verder wordt uitgewerkt, wenselijk onmiddellijk bij het openen van een dossier door de rechtbank van koophandel, het ministerie van economische zaken hierover in te lichten opdat ook zij, samen met de rechtbank eventueel, de situatie van de onderneming al zouden kunnen onderzoeken, en er geen tijd verloren gaat wanneer

(1) ./.. de ondernemingsleiding: Trib. Comm. Nivelles, 19 december 1974, pro Justitia, vol. 2, p. 77 e.v. met opmerkingen van C. GEORGES, en J.T. 1975, p. 428. Zie verder onder nr. 438 en 517.

geweten is tot welke resultaten de collectieve procedures voor de rechtbank hebben geleid. Maar ongeacht de wenselijkheid om bij iedere optie nodeloos tijdverlies te vermijden, is een beperkte vertraging die noodzakelijk volgt uit de beslissing slechts overheidssteun te verlenen nadat collectieve procedures zijn ingezet om alle andere uitwegen met alle betrokkenen te onderzoeken, inherent aan die optie. Dit verlies kan verantwoord zijn wanneer men van oordeel is dat het, wanneer het tot een minimum herleid wordt, opweegt tegenover een mogelijke verspilling van overheidssteun indien deze gemakkelijker wordt verleend.

596. Het ter sprake brengen van overheidssteun vóór het inzetten van collectieve procedures impliceert anderzijds dat de tussenkomst van de overheid dezelfde rechtsbeschermingsvragen kan doen rijzen als de houding van andere kredietverleners, zoals besproken in de nrs. 558 e.v., naast andere die eigen zijn aan een overheidstussenkomst. Met name kan haar door belanghebbenden worden verweten door een onverantwoorde kredietverlening het vertrouwen in de onderneming ten onrechte in stand te houden (1). In tegenstelling tot betwistingen over het weigeren van krediet, kunnen de moeilijkheden over een te gemakkelijk verlenen van overheidssteun worden vermeden wanneer de steun alleen wordt verleend in het kader van een collectieve procedure. Alle belanghebbenden nemen dan aan de besluitvorming deel, of kunnen tenminste kennis nemen van de tussenkomst om het daaruit voortvloeiende risico te appreciëren. De nadelen

(1) Dat dit probleem niet louter theoretisch is, blijkt uit de cijfers gepubliceerd in Parl. Doc. Senaat 71/72, nr. 471, p. 6 e.v. en Kamer 72/73, nr. 421/2, Bijlage 1. Op een totaal van ongeveer 800.000.000 B.F. werd ongeveer 200.000.000 B.F. verleend aan ondernemingen die hun activiteiten moesten stopzetten of failliet verklaard werden, en waarbij een aanzienlijk verlies voor de overheid werd verwacht, en 13.500.000 B.F. aan ondernemingen waarvoor een ongunstige afloop werd verwacht. In de begroting van het ministerie van financiën voor 1977 (Parl. Doc. Senaat 76/77, nr. 5-XXII, nr. 1, p. 68) wordt gesproken over een totaal van ongeveer 867.000.000 B.F. niet-opgezegde kredieten waarvoor staatstussenkomst moet overwogen worden wegens de bijzondere slechte evolutie van de betrokken ondernemingen en wordt de staatstussenkomst voor 1976 geraamd op 481.000.000 B.F. voor de opgezegde .../...

van het verlenen van steun buiten elke procedure kunnen nochtans ook worden vermeden door voldoende publiciteit te geven aan het verlenen van steun.

597. Daarbij moet dan wel worden opgemerkt dat een van de nadelen van het verlenen van steun in het kader van een collectieve procedure, nl. de ruchtbaarheid die aan de moeilijkheden wordt gegeven, evenmin vermeden wordt. Dit tegenargument dient zoals het suggereren van een adequate publiciteit, voldoende genuanceerd beoordeeld te worden. Zoals bij herhaling werd gesteld, is het belangrijk dat iedereen zo vlug mogelijk kennis heeft van de moeilijkheden die dreigen in een onderneming. Alleen bij het inzetten van collectieve procedures hebben alle belanghebbenden immers onmiddellijk en in vergelijkbare mate de mogelijkheid om kennis te krijgen van de interpretatie van de overheid, en die interpretatie te appreciëren. Wanneer niet in alle gevallen op een vergelijkbaar ogenblik besloten wordt tot het inzetten van collectieve procedures, is het weliswaar niet uitgesloten dat sommige ondernemingen worden benadeeld door relatief vroeg het vertrouwen in hen te schokken door het inzetten van een collectieve procedure, of ondernemingen waarin zij belangen hebben niet tijdig failliet te verklaren. Maar in het eerste geval is het vertrouwen dan toch ten minste in gelijke mate geschokt ten aanzien van al wie bij de onderneming betrokken is, en heeft de ondernemer de gelegenheid om in een georganiseerde procedure tegenover hen allen eventuele ongegronde vermoedens te weerleggen. In het tweede geval moet de benadeelde door gebruik te maken van de beschikbare informatie zelf hebben kunnen vaststellen dat ingrijpende maatregelen zich opdrongen. Wanneer publiciteit wordt gegeven aan het verlenen van steun, geldt daarentegen zoals voor het geven van publiciteit aan het openen van een dossier door de depistage diensten, dat ruchtbaarheid wordt gegeven aan de eigen interpretatie van de overheid. Vandaar dat de vraag kan worden gesteld of de overheid, wanneer het verlenen van steun wordt meegedeeld, niet alleen aansprakelijk wordt zoals elke andere kredietverlener, maar bovendien verweten kan worden dat zij het vertrouwen schokt in een onderneming. Deze vraag is moeilijk eenduidig te beantwoorden. Wanneer de moeilijkheden al waren gekend, of op grond van de beschikbare inlichtingen al gekend konden worden, kan de overheid niets worden verweten. Indien zij toch vrij vroeg steun verleent, kan dit haar alleen verweten worden door ondernemingen die in vergelijkbare omstandigheden nog geen steun verkregen. Het verlenen van krediet aan een onderneming waarvan de financiële moeilijkheden gekend zijn, kan haar kredietwaardigheid normaal alleen versterken, wat het geven van steun duidelijk onderscheidt van het openen

(1) ./. kredieten, na realisatie van de waarborgen.

van een dossier door de depistagediensten. Wanneer daarentegen geen ernstige moeilijkheden verwacht konden worden op grond van de beschikbare gegevens, is de beoordeling van de overheidstussenkomst afhankelijk van de wijze waarop er op wordt gereageerd. Indien men oordeelt dat het verleren van krediet normaal alleen het vertrouwen kan versterken, hoeft geen voorbehoud te worden gemaakt tegen het organiseren van publiciteit. Indien evenwel geoordeeld wordt dat het verlenen van overheidssteun het begin van het einde inluidt, is meer terughoudendheid geboden. De ervaringen in het verleden maken een dergelijke reactie niet onwaarschijnlijk (1).

598. De minimum oplossing die aan de belangrijkste bezwaren die hier werden opgesomd tegemoet komt, is het meedelen van het verlenen van steun aan de diensten van de rechtbank van koophandel. Wanneer de rechtbank van oordeel is dat zulks de belangen van anderen kan schaden kan zij dan een collectieve procedure inzetten. Zij kan dit ook indien zij, of het ministerie, een georganiseerd collectief overleg wensen over alternatieve maatregelen. Meer dan een minimum oplossing wordt zo nochtans niet bereikt. Het integreren van de steunverlening in een globale benadering van ondernemingen in moeilijkheden, vergt dat het verlenen van overheidssteun alleen gebeuren kan in het kader van een collectieve procedure (3).

§ 2. Instrumenten waarover de staat beschikt

599. De bespreking van de instrumenten waarover de staat beschikt zal beperkt blijven tot de eigenlijke steunmaatregelen. Indirect heeft de staat nochtans een veel groter aandeel in de kredietverlening via de parastatale financiële instellingen. Ook andere indirecte vormen van overheidssteun zoals het afsluiten van een gunstige programma-overeenkomst inzake prijsbeleid (2) en vooral de partici-

(1) Zie voetnoot onder nr. 596.

(2) Zie art. 1, § 3 W. 22 januari 1945 zoals gewijzigd door W. 23 december 1969, B.S. 30 december 1969.

(3) Zie onder nrs. 640, 690 en 691.

paties in risicodragend kapitaal kunnen hier niet worden behandeld (1). Zoals eerder al vermeld werd sloot de staat op 9 mei 1968 een overeenkomst met de N.M.K.N. over het toekennen van kredieten aan ondernemingen in moeilijkheden, maar werd deze overeenkomst in 1969 opgezegd (2). De regering beloofde formeel geen steun meer te verlenen op die wijze in een verklaring waarin als andere mogelijke rechtsgrond de art. 26 e.v. van de wet van 30 december 1970 worden vermeld. De verklaring laat evenwel niet toe te besluiten dat andere rechtsgronden uitgesloten worden (3). De staat sloot inmiddels, in het kader van art. 13 van de wet van 30 maart 1976 (4) inzake het industriële overheidsinitiatief, een overeenkomst met de N.I.M. De op art. 6001 A van de begroting van economische zaken ingeschreven kredieten (5) worden vooral langs de in deze overeenkomst voorziene procedures verstrekt (6).

A. Juridische grondslag

600. Beknopt samengevat beschikt de overheid binnen het kader van de bestaande wetgeving over de volgende rechtsgronden tot het verlenen van steun aan ondernemingen in moeilijkheden:

(1) Zie inzake dit laatste punt nr. 578, in fine.

(2) Zie brief van de ministeries van economische zaken en financiën, Parl. Doc. Senaat 71/72, nr. 471, in bijlage: zie voor de tekst voor de overeenkomst W. 18 mei 1973 tot goedkeuring van deze overeenkomst, B.S. 4 augustus 1973.

(3) "De Regering verbindt er zich toe niet meer de staatswaarborg op deze wijze te verlenen. Overigens zijn de voorwaarden gesteld, bijv. (eigen cursivering) in art. 26 e.v. van W. 30 december 1970 zo beperkend, dat zij moeilijk te vergelijken zijn met de besproken overeenkomst". Zie Parl. Doc. Senaat 71/72, nr. 471, p. 10 en Parl. Hand. Senaat, 24 oktober 1972, p. 113.

(4) B.S. 1 april 1976.

(5) Zie verder nr. 609.

(6) Zie Parl. Doc. Senaat 76/77, 5-XII, nr. 2, p. 71 e.v. Zie ook over kredietverlening door het opnemen van participaties in risicodragend kapitaal, nr. 578, in fine.

1) de wet van 17 juli 1959 (1)

601. a) aard van de steun: rentevergoeding (art. 3), staatswaarborg (art. 4), voorschotten voor de financiering van het ontwikkelen van prototypen en nieuwe fabricagepro-cédé's (art. 7), belastingvrijstellingen (art. 8), en, in uitzonderlijke gevallen, andere tussenkomsten in verband met het bouwen of verwerven van onroerende goederen (2).

602. b) voorwaarden voor het verlenen van de steun: De rentevergoeding en de staatswaarborg kunnen alleen worden verleend voor het financieren van geplande of doorgevoerde investeringen in gebouwen, uitrusting, ontwikkeling van producten en de organisatie van het bedrijf. Deze investeringen of tussenkomsten en de andere vormen van steunverlening dienen bovendien te kaderen in de in art. 2 van het K.B. van 17 augustus 1959 vermelde criteria. Inzake ondernemingen in moeilijkheden dienen vooral vermeld te worden: het tewerkstellingsbeleid, het verbeteren van de toestand in bedrijfssectoren die met moeilijkheden te kampen hebben, het rationeler gebruik van de economische hulpbronnen van het land en het opvoeren van de rendabiliteit van ondernemingen. Wanneer de conjunctuur politiek het wenselijk maakt, kunnen bijkomende tussenkomsten worden toegekend (3). De verplichting tot bevestigen van de rendabiliteitsvooruitzichten van de ondernemingen, en vermelden van de financiële inspanningen van de aanvrager (4), sluiten het verlenen van steun aan ondernemingen in moeilijkheden niet a priori uit.

603. b) aanvragen. De steun wordt toegekend door het ministerie van economische zaken, streekeconomie of middenstand, samen met het ministerie van financiën inzake het verlenen van staatswaarborg (5). De aanvraag gebeurt door

(1) B.S. 29 augustus 1959; zie ook G. BROUHNS, Les lois du 17 juillet et du 30 décembre 1970 sur l'expansion économique, Bruxelles, 1974.

(2) Zie voor de uitvoering van deze artikelen het K.B. 17 augustus 1959, B.S. 29 augustus 1959.

(3) Zie art. 1 c, W. 17 juli 1959 en art. 3, K.B. 17 augustus 1959.

(4) (5) .../...

bemiddeling van de erkende financieringsorganismen (1).

2) de wet van 30 december 1970 (2)

604. a) vormen van tussenkomst: in verband met de steun aan ondernemingen in moeilijkheden dienen vooral vermeld te worden:

- de aanmoedigingen voor investeringen in de regionale tegemoetkomingen (rentevoetverminderingen, staatswaarborg, arbeidsplaatspremies, uitstel van betaling, fiscale voordelen, indien het Ministeriële Comité voor Economische en Sociale Coördinatie een afwijking toestaat van de regel die steun voorbehoudt voor een substantiële uitbreiding van bestaande, of oprichting van nieuwe ondernemingen (3));
- vooruitgangscontracten die de onder art. 22 d en e voorziene voordelen bedingen inzake overheidsbestellingen en exportfaciliteiten (4). Het is niet zo duidelijk of deze contracten al dan niet alleen kunnen worden afgesloten met ondernemingen in de volgens art. 11 aangeduide gewesten of in de in art. 5 voorziene gevallen. Het antwoord op deze vraag is trouwens van minder belang omdat het per hypothese

(4) Art. 4 K.B. 17 augustus 1959.

(5) Zie art. 11, 14, 15, 16 K.B. 17 augustus 1959. Zie ook K.B. 10 maart 1975, B.S. 26 maart 1975.

(1) Zie art. 11 K.B. 17 augustus 1959 en K.B. 7 januari 1969, B.S. 12 februari 1969; zie K.B. 10 maart 1975, B.S. 26 maart 1975 (twee besluiten) voor de bevoegdheidsverdeling tussen de ministeries van economische zaken, middenstand en streek-economie.

(2) Zie o.a. G. BROUHNS, o.c.

(3) Zie resp. art. 4 en 7.

(4) De voordelen inzake beheer, research en investeringen worden resp. behandeld in de volgende punten en in de vorige noot.

belangrijke technologische realisaties betreft (1). De beperking van de bevoegdheid tot het sluiten van contracten betreffende projecten in ontwikkelingszones kan volgen uit art. 5 dat in algemene bewoordingen is gesteld: "buiten de in art. 11 genoemde ontwikkelingszones kunnen de in deze wet voorziene...", en niet "buiten de in dit hoofdstuk..." (2). Deze interpretatie vindt steun in de formulering van de memorie van toelichting, vooral inzake art. 5 en art. 22 waarin gesteld wordt dat de vooruitgangscontracten geen nieuwe tegemoetkomingen invoeren, maar een efficiënter aanwenden van de middelen beogen (3). Het lijkt daarentegen minder aangewezen om argumenten te ontleenen aan de beschikking van de Commissie van 26 april 1972 (4). Deze beschikking betreft uitsluitend de regionale tegemoetkomingen en behandelt de andere vormen van steunverlening niet. Het lijkt niet mogelijk om uit het niet behandelen van andere vormen van steunverlening af te lijden dat zij a priori strijdig geacht moeten worden met het Verdrag van Rome, omdat de beschikking niet alleen in de context gelezen moet worden van de regionale politiek (5), maar ook van de industrie-politiek van de gemeenschappen die wel andere dan regionale steunverlening toelaat (6). Brouhns verwijst ook naar het advies van de Raad van State, waarin de Raad volgens de auteur, zij het met grote reserve, de interpretatie verdedigt dat de verschillende hoofdstukken los van elkaar moeten worden gelezen. Deze interpretatie kan nochtans alleen afgeleid worden uit de opsomming van de verschillende

(1) Er is nog geen vooruitgangscontract afgesloten op basis van deze wet.

(2) Zie G. BROUHNS, o.c., p. 62 en 63, waar de auteur de interpretatie verkiest die, op grond van art. 5 en 41 oordeelt dat ook de contracten alleen gesloten worden i.v.m. projecten in ontwikkelingszones.

(3) Zie Parl. Doc. Senaat 69/70, nr. 354, p. 17 en 22.

(4) Publ. E.G., 1972, L 105/13.

(5) Zie o.a. de Resolutie van de Raad van 20 oktober 1971, Publ. E.G., 1971, C 111/1.

(6) Zie Memorandum van de Commissie aan de Raad van 17 maart 1970 en R.-C. BERAUD en S. VETNURA, Juridische aspecten van de industriepolitiek van de Gemeenschap, S.E.W. 1971, p. 360 e.v. en ook noot 3, p. 361 en p. 361-364.

vormen van steunverlening zonder dat daaruit enige hiërarchie blijkt: "Deze steunverlening verschijnt in hoofdzaak onder de vorm van aanmoedigingen voor investeringen, vooruitgangscontracten, bevorderingscontracten (...). Inzonderheid de gewestelijke tegemoetkomingen omvattende rentevoetverminderingen (...)" (1);

- de contracten ter bevordering van het ondernemingsbeheer. Dit voordeel zal dikwijls al deels zijn verleend door de tussenkomst van de depistagedienst. De bij de vooruitgangscontracten vermelde discussie over de vraag of art. 5 ook van toepassing is bij de in hoofdstuk II en volgende van de wet besproken tegemoetkomingen, is daarom ook hier van minder praktisch belang;

- contracten ter bevordering van de technologie (art. 25). Wegens de aard van de verleende tegemoetkomingen mag zoals voor de vooruitgangscontracten aangenomen worden dat ook indien art. 5 van toepassing is bij het sluiten van deze contracten, voldaan kan worden aan de voorwaarden die dit artikel stelt voor het verlenen van tegemoetkomingen voor het realiseren van projecten buiten ontwikkelingszones (2);

- contracten betreffende de reconversie of herstructurering van ondernemingen (art. 26 e.v.): de steun verleend in het kader van deze contracten kan bestaan uit het beroep op een adviseur zoals voorzien in de bepalingen betreffende de bevordering van het ondernemingsbeheer, en uit investerings-tegemoetkomingen (art. 29). De tussenkomsten bij investeringen kunnen worden verleend in de vorm van rentevoetverminderingen (art. 29, 6 en 12), uitstel van betaling (art. 13), arbeidsplaats premies (art. 14), fiscale voordelen (art. 15 e.v.) of staatswaarborg. Wanneer deze vormen van steun worden verleend in het kader van een contract inzake reconversie of herstructurering, kunnen zij niettegenstaande

(1) Zie Parl. Doc. Senaat 69/70, nr. 122, p. 4 en het mondeling verslag van Hercot, Parl. Hand. Senaat, 15 december 1970, p. 414.

(2) Zie Parl. Doc. Senaat 76/77, 5-XII, nr. 2, p. 73 e.v.

art. 4 ook verleend worden aan bestaande ondernemingen zonder dat deze dienen uit te breiden (zie art. 29). De bepalingen die deze steunverlening alleen voorbehouden aan de volgens art. 11 aangeduide ontwikkelingszones zijn daarentegen wél van toepassing (zie art. 2). Buiten deze zones kunnen investeringstegemoetkomingen alleen worden verleend aan bijzonder belangrijke sectoriële of economische verwezenlijkingen (art. 5). Deze bepaling maakt het daarom onmogelijk de reconversie en het structureringscontract te gebruiken als algemeen instrument voor het verlenen van steun aan bedrijven in moeilijkheden, vermits geen steun verleend kan worden aan bedrijven in moeilijkheden die niet in een ontwikkelingszone gelegen zijn, noch bijzonder belangrijk kunnen worden genoemd voor hun sector. Dit treft vooral de ondernemingen die te groot zijn om onder toepassing te vallen van de wet van 20 mei 1959, maar door de omvang en de structuur van de bedrijfssector evenmin als sectoriël of technologisch bijzonder belangrijk kunnen worden beschouwd.

605. b) voorwaarden voor het verlenen van de steun. De voorwaarden werden deels al in het vorig punt vermeld. Zij dienen verder uitgewerkt te worden in de besproken overeenkomsten. Het toekennen van de voordelen is afhankelijk van het naleven van de overeengekomen voorwaarden (zie art. 3 en 38), en verbindt de ondernemingen tot het naleven van de richtlijnen van het plan (1).

606. c) aanvragen. De aanvragen moeten worden ingediend door bemiddeling van de erkende kredietinstellingen (2) bij de bevoegde ministers. Contracten kunnen rechtstreeks met de bevoegde ministeries worden gesloten. Dit zijn de ministeries van economische zaken, streekeconomie of middenstand (3), behalve inzake:

(1) Zie art. 7 § 2 van W. 15 juli 1970, B.S. 21 juli 1970.

(2) Zie K.B. 7 januari 1969, B.S. 12 februari 1969 in uitvoering van K.B. 17-18 juli 1959.

(3) Art. 12 en 47 W. 30 december 1970; art. 1 K.B. 6 januari 1971, B.S. 13 januari 1971 en art. 13 K.B. 18 augustus 1959, B.S. 29 augustus 1959; art. 24, 26 W. 30 december 1970; zie ook K.B. 10 maart 1975, B.S. 26 maart 1975 over de bevoegd-
.../...

- de fiscale voordelen die verleend worden door de Belasting-administratie en de richtlijnen daartoe worden bepaald in overleg tussen de minister van financiën en de bevoegde gewestelijke minister of staatssecretaris;
- de staatswaarborg die verleend wordt door de vermelde ministers in overleg met de minister van financiën (1);
- de steun die wordt toegezegd aan bestaande ondernemingen in afwijking van de algemene regel van art. 4, of aan ondernemingen voor projecten buiten de vermelde ontwikkelingszones, waartoe alleen kan worden beslist door het Ministeriële Comité voor Economische en Sociale Coördinatie (2);
- het afsluiten van vooruitgangscontracten waarvoor inzake overheidsbestellingen de beslissingen genomen moeten worden in overleg met de betrokken ministers (3);
- het verlenen van renteloze voorschotten voor de financiering van de ontwikkeling van prototypen en fabricagepro-cédés (4).

3) de wet van 24 mei 1959

607. a) Kleine ondernemingen (5) kunnen op grond van deze wet een kredietwaarborg (art. 2) of rentevermindering (art. 17) genieten voor o.m. de omschakeling, wederuitrusting of rationalisatie van de onderneming, indien de faam van de koopman of de beroepsbekwaamheid van de ondernemer, de technische en economische waarde van het project, en de leefbaarheid van de onderneming (art. 4) voldoen aan de gestelde criteria (6).

(3) ./ . heidsverdeling tussen de ministeries of staatssecretarissen voor economische zaken, middenstand of streekeconomie.

(1) Zie art. 47 W. 30 december 1970; art. 1 K.B. 6 januari 1971 en art. 15 K.B. 18 augustus 1959.

(2) Zie art. 4 en 5 W. 30 december 1970.

(3) Art. 22 d.

(4) Art. 25.

(5) Zie K.B. 15 juni 1959, B.S. 7 juli 1959.

(6) Zie over de toegekende steun: Parl. Doc. Senaat 76/77, 5-XIII, nr. 2, p. 30 e.v.

608. b) De steun wordt verleend door de minister van middenstand op aanvraag van de erkende financieringsorganismen, waarbij belanghebbenden de aanvraag dienen in te dienen (1).

4) algemene volmachten in de wet houdende de begroting van het ministerie van economische zaken

609. Ondermeer in art. 9 van de wet van 25 maart 1977 voor het begrotingsjaar 1977 en in art. 10 van het ontwerp voor het begrotingsjaar 1977 (2), wordt in algemene bewoordingen de bevoegdheid gegeven aan de minister van economische zaken en de staatssecretarissen voor streekeconomie om met toestemming van het Ministercomité voor Economische en Sociale Coördinatie om te beschikken over de in het begrotingsartikel 60.0 1 A, titel IV voorziene middelen "tot al wat dienen kan in het raam van het sociaal, economisch en regionaal beleid van de regering, ongeacht de aard van de ten laste te nemen uitgaven". Opgemerkt moet worden dat dit krediet ook, en vooral, wordt aangewend voor het nemen van participaties in risicodragend kapitaal (3).

610. 5) Tenslotte moet hier terug verwezen worden naar de verder te bespreken dienst van de knipperlichten bij het ministerie van economische zaken, die samenwerkt met het staatssecretariaat voor vlaamse streekeconomie. Het instellen van deze dienst biedt weliswaar geen bijkomende juridische grondslag voor het verlenen van overheidssteun, maar organiseert wel het toekennen ervan aan bedrijven in moeilijkheden.

(1) Zie K.B. 10 maart 1975, voor de bevoegdheidsverdeling tussen de ministeries of staatssecretarissen van middenstand en streekeconomie.

(2) B.S. 29 april 1977.

(3) Zie nr. 599.

B. Budgettaire middelen

611. Deze steun kan teruggevonden worden in de begroting onder begrotingsartikel 60.01 A inzake het Fonds voor Economische Expansie en Regionale Reconversie (zie titel IV, sectie I, Hst. I van de Begrotingen van Financiën (1); Middenstand (2) en Economische Zaken (3)). Onder dit begrotingsartikel worden voor 1977 de volgende uitgaven voorzien:

- op de begroting voor economische zaken: 1.533.841.112 B.F.,
op te splitsen over rubrieken:
125 kosten voor economische studiën
312 renteverlagende subsidies aan private bedrijven
512 studies voor investeringen
71 verwerven van gronden en geschiktmakingswerken
00 andere uitgaven;
hierbij moet worden gevoegd 1.200.000.000 B.F. opgenomen onder art. 81.01 voor het toekennen van subsidies en terugvorderbare voorschotten voor de vervaardiging van prototypes en navorsingen inzake gevorderd technologisch onderzoek (4);
- op de begroting van financiën: 686.000.000 B.F.,
in de plaatsstelling voor de in gebreke gebleven debiteuren;
- op de begroting van middenstand: 97.300.000 B.F.,
op te splitsen over de rubrieken:
312 renteverlagende subsidies aan privé bedrijven: 542.500.000 B.F.
323 subsidies aan instellingen en organismen die zich bezig houden met het toegepast onderzoek, technische bijstanden, handelspromotie en informatie ten voordele van de sector 'Middenstand'.

(1) Voor 1975: Parl. Doc. Senaat 74/75, 5-XII, nr. 1, p. 22 en 140; voor 1977: W. 19 januari 1977, B.S. 5 mei 1977.

(2) Voor 1977: W. 24 december 1976, B.S. 10 maart 1977 en Parl. Doc. Senaat 76/77, 5-XIII, nr. 1, p. 12 en 46.

(3) Voor 1977: W. 25 maart 1977, B.S. 29 april 1977. en Parl. Doc. Senaat 76/77, 5-XII, nr. 1, p. 97.

(4) Zie Parl. Doc. Senaat 76/77, 5-XII, nr. 1, p. 96.

C. Samenvatting en grenzen van de aanwendbaarheid van de beschikbare middelen

612. Een overlopen van de mogelijke rechtsgronden voor het verlenen van steun aan bedrijven in moeilijkheden laat toe te besluiten dat:

- de wet van 17 juli 1959 in het algemeen, en de wet van 30 december 1970 indien de onderneming binnen een ontwikkelingszone gelegen is, het reconversieproject van bijzonder sectoriëel of technologisch belang is, of art. 5 van de wet alleen van toepassing wordt geacht op hoofdstuk I van de wet, toelaten steun te verlenen aan bedrijven in moeilijkheden wanneer zij door een reconversie, investeringen in research of productiemiddelen hun moeilijkheden denken te kunnen overwinnen;
- andere tegemoetkomingen aan bedrijven in moeilijkheden, op grond van art. 26 e.v. van de wet van 30 december 1970, alleen verleend kunnen worden wanneer de onderneming gevestigd is in een ontwikkelingszone of het project van bijzonder sectoriëel of technologisch belang geacht kan worden;
- bijkomende mogelijkheden bestaan voor kleinere ondernemingen op grond van de wet van 24 mei 1959;
- op basis van een algemeen machtigingsartikel kan in individuele gevallen de minister van economische zaken of streek economie een tegemoetkoming verlenen ten laste van art. 60.01 A van de begroting van economische zaken, indien dit kadert in het sociaal-economisch beleid van de regering of haar regionaal beleid en het Ministercomité voor Economische en Sociale Coördinatie zijn toestemming daartoe verleent.

613. Het antwoord op de vraag of de overheid over een algemeen instrument beschikt voor het verlenen van steun aan bedrijven in moeilijkheden, is afhankelijk van de mate waarin de regering gebruik maakt van de in het laatste punt vermelde machtiging. De andere instrumenten laten behalve voor kleine ondernemingen alleen toe incidenteel ook aan bedrijven in moeilijkheden steun te verlenen wanneer daartoe duidelijke aanwijzingen bestaan vanuit het oogpunt van de regionale

of sectoriële industriële politiek.

1) internrechtelijke grenzen

614. De Gemengde Commissie (van Kamer en Senaat) tot controle van staatssteun aan private ondernemingen moet hierover worden ingelicht, maar zij behandelt deze dossiers vertrouwelijk en publiceert geen verslagen (1). In het verleden maakte ook het Rekenhof regelmatig opmerkingen wanneer het Hof van oordeel was dat steun werd verleend zonder dat daartoe voldoende rechtsgrond aanwezig was (2). Het opnemen van een algemeen machtigingsartikel in de begrotingswetten, maakt het voor het Rekenhof evenwel bijzonder moeilijk om nog een effectieve controle uit te oefenen (3).

2) Europeesrechtelijke grenzen

615. Behalve met de Belgische internrechtelijke beperkingen van de mogelijkheden voor het verlenen van steun aan bedrijven in moeilijkheden, dient bij de bespreking van de grenzen van deze mogelijkheden rekening te worden gehouden met de Europeesrechtelijke bepalingen inzake steunmaatregelen (4). In dit verband nam de commissie van de E.E.G. al twee beschikkingen betreffende de Belgische wetgeving en praktijk, waarvan vooral de Beschikking van 15 december 1971 (5) in deze context belangrijk is. De Commissie verplichtte

(1) Zie voor de oprichting Parl. Hand. Senaat 26 juni 1974, p. 429-430; zie ook Parl. Doc. Senaat 71/72, nr. 471, p. 9, en Parl. Doc. Kamer 72/73, nr. 421/2, p. 2. Dit gebrek aan publiciteit geldt niet inzake participaties in risicodragend kapitaal. Zie art. 13 W. 30 maart 1976 en Parl. Doc. Senaat 76/77, 5-XII, nr. 2, p. 72.

(2) Zie hierover vooral i.v.m. de opgezegde overeenkomst tussen de Staat en de N.M.K.N.: Parl. Doc. Senaat 71/72, nr. 471, p. 2 e.v.; Rekenhof, o.a. Boek der Opmerkingen, 1970-1971, p. 37, 39 en 41, Deel I.

(3) Zie Rekenhof, Boek der Opmerkingen, 1972-1973, Deel I, p. 31, 1° al., en noot.

(4) (5) .../...

in deze beschikking België onmiddellijk het verlenen van kredieten aan ondernemingen in moeilijkheden, oorspronkelijk toegekend op grond van de overeenkomst tussen de Staat en de N.M. K.N. van 9 mei 1968, en vervolgens op grond van de begroting van economische zaken, art. 60.01 A, "Brussel en bijzondere moeilijkheden" te beëindigen. De Commissie besloot hiertoe omdat zij van oordeel was dat de op die gronden verleende steun door het kunstmatig in stand houden van bedrijven, de normale mededinging vervalste en bezwarend kan zijn voor de structuur van sectoren met aanpassingsmoeilijkheden, en daarom strijdig moet worden geacht met art. 92, 1 E.E.G. Omdat deze steun over heel het grondgebied verleend kan worden, achtte de Commissie art. 92, 2 en 2 E.E.G. niet van toepassing. Zij was bovendien van oordeel dat de steun een in hoofdzaak conserverende strekking heeft - vermijden van de sociale gevolgen en de sluiting van ondernemingen -, die zij strijdig acht met het begrip ontwikkeling van economische of regionale bedrijvigheid vermeld in art. 92, 3, a. In haar beschikking van 26 april 1972 (1) beoordeelde de Commissie in hoofdzaak de regionale tegemoetkomingen voorzien in de wet van 30 december 1970, waarbij zij tot het besluit kwam dat de lijst ontwikkelingszones beperkt diende te worden. Inzake sectoriële steun vroeg de Commissie vooral bijkomende inlichtingen over de toegepaste criteria. Uit deze twee beschikkingen kan worden afgeleid dat de Commissie bijzonder weigerachtig staat tegenover steun aan bedrijven in moeilijkheden in het algemeen, zeker wanneer zij verleend wordt buiten ontwikkelingszones of een zuiver sectoriële beleid. De beschikking van 15 december 1971 treft nochtans niet rechtstreeks de op grond van de vermelde algemene machtigingsbepaling verleende steun. Deze steun wordt immers verleend op

(4) Zie voor een algemene bespreking van de art. 92 e.v. E.G.-Verdrag: J. MEGRET, e.a., Le droit de la Communauté Economique Européenne, IV, Brussel 1972, p. 379 e.v. en J.A. WINTER en W.J. BRONKHORST, Steunmaatregelen in het E.E.G.-Verdrag, S.E.W. 1973, p. 657 e.v.

(5) Publ. E.G. 1972, nr. L 10/22.

(1) Publ. E.G. 1972, nr. L 105/13.

grond van het machtigingsartikel, bijv. art. 9 in de wet van 25 maart 1977, ten laste van art. 60.01 A van de begroting, en niet rechtstreeks op grond van begrotingsart. 60.01 A. Het artikel draagt nu bovendien als hoofding: "Fonds voor economische expansie en regionale reconversie", en niet langer "Brussel en bijzondere problemen". Het lijdt nochtans weinig twijfel dat de argumenten die de Commissie tot deze beschikking hebben geleid, ook kunnen worden aangevoerd tegen het ondersteunen van bedrijven in moeilijkheden, op grond van de algemene machtigingsbepaling. Het algemeen machtigingsartikel in de begrotingswet kan daarom niet worden beschouwd als een afdoend instrument om systematisch steun te verlenen aan bedrijven in moeilijkheden, omdat dit wellicht op het verzet van de Commissie zal stuiten.

616. In het kort, moet in dit verband nagegaan of het Rekenhof zijn visum kan weigeren wanneer het een uitgave strijdig acht met het E.E.G.-Verdrag? Volgens art. 116 G.W. en art. 5 van de wet van 29 oktober 1846 (1) is het Hof belast met het nazien en vereffenen van de rekeningen van het algemeen bestuur, en van alleen die tegenover de Staatskas rekenplichtig zijn. Het dient er volgens deze bepalingen over te waken dat geen enkel artikel van de uitgaven van de begroting overschreden wordt, en dat geen overschrijving gebeurt. Deze tekst legt het Hof niet uitdrukkelijk op de wettelijkheid van de voorgestelde uitgaven te onderzoeken. Art. 116 G.W. vergt zelfs niet expliciet dat het Hof zijn visum geeft vóór het uitvoeren van een betaling. Het instellen van deze procedure in de wet van 29 oktober 1846 gaf aanleiding tot besprekingen in het Parlement over de draagwijdte van de bevoegdheden van het Rekenhof. Bij deze bespreking verdedigde de minister van financiën het standpunt dat het Hof alleen dient te onderzoeken of de uitgave werd gedaan, en of er voor dat doel fondsen beschikbaar zijn op de begroting. Deze stelling werd nochtans niet weerhouden.

(1) B.S. 1 november 1846.

Het Parlement gaf in zijn bespreking van het ontwerp de voorkeur aan de opvatting van het Rekenhof dat al eerder gesteld had niet alleen na te gaan of de uitgave werd gedaan, de aanwending gevraagd wordt ten laste van het meest aangewezen begrotingsartikel, en of voldoende kredieten uitgetrokken werden en nog beschikbaar zijn om de uitgaven te dekken, maar ook te onderzoeken of de wetten en verordeningen werden nageleefd die het recht op de vordering beheersen (1). Hieruit blijkt dat de wetgever bij de bespreking van art. 5 van de wet van 29 oktober 1846 een legaliteitscontrole bedoelde in te voeren. Eenmaal deze stap gezet, kan het Rekenhof zijn visa weigeren voor uitgaven die het strijdig acht met het Verdrag, sinds het Hof van Cassatie in het arrest van 27 mei 1971 de prioriteit erkende van het verdragsrecht op het intern recht (2). De eerder vermelde opmerkingen van het Hof over het algemeen machtigingsartikel in de recente begrotingswetten wijst er nochtans op dat het Hof deze legaliteitscontrole nog niet zo ruim wenst op te vatten.

§ 3. De rechtsbescherming inzake overheidssteun

A. Van de onderneming in moeilijkheden die steun ontving

617. De rechten van de onderneming in moeilijkheden die steun ontvangt, kunnen op twee manieren worden bedreigd: door het geven van een te grote ruchtbaarheid aan de steunverlening en de moeilijkheden die tegemoetkomingen noodzakelijk maakten, of door het stopzetten van de steunverlening of drastisch wijzigen van de aan de steunverlening verbonden voorwaarden. De eerste reeks vragen werd al besproken in nrs. 596 e.v. Zij hoeft hier daarom niet meer onderzocht te worden.

(1) Zie hierover A. VAERNEWIJCK, Het Rekenhof, Administratief Lexicon 1961, p. 18-19.

(2) J.T. 1971, 460 e.v., verder besproken in W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, Rapports belges au XI^e Congrès International de Droit Comparé, Brussel 1974, p. 695.

1) gevallen waarin de onderneming schade kan lijden

618. De mate waarin een stopzetten van de kredietverlening de rechtsbescherming van de begunstigde in het gedrang brengt, is afhankelijk van de mate waarin zij een verder verlenen van de tegemoetkomingen redelijkerwijze konden verwachten. Indien er een eenmalige tegemoetkoming toegekend werd, kan de begunstigde normalerwijze geen herhalen van de tegemoetkoming als toegezegd beschouwen. Het betreft hier dan eigenlijk geen stopzetten van de steunverlening maar wel een niet opnieuw toekennen van de tegemoetkomingen. De vraag kan dan goeddeels worden herleid tot de verder te bespreken rechtspositie van de onderneming in moeilijkheden die geen steun verkrijgt. Onder voorbehoud van wat onder 2) zal worden vermeld, moet in algemene termen gewaarschuwd worden tegen het ongenueanceerd vergelijken van deze situatie met deze van de kredietweigering door private kredietinstellingen. Zoals kan blijken uit wat onder B werd vermeld, kan men zeker nog niet spreken van een recht op tegemoetkomingen. De beschikbare budgettaire middelen maken dit trouwens onmogelijk. De tegemoetkoming zal soms zelfs strijdig zijn met wettelijke en andere bepalingen, zoals het Verdrag van Rome. Om de belangen van andere betrokken partijen, zoals concurrerende ondernemingen en de belastingbetalende gemeenschap te vrijwaren, kan het aangewezen zijn de steunverlening zoveel mogelijk te beperken. Het feit dat een eerste tussenkomst onvoldoende bleek om de situatie van de onderneming te saneren, kan evengoed uitgelegd worden als het bewijs dat nooit steun verleend had mogen worden, dan wel als een teken dat bijkomende steunverlening wenselijk lijkt. Het stopzetten van de steunverlening stelt daarom, onder voorbehoud van wat verder vermeld zal worden in de nrs. 621 e.v., geen scherp rechtsbeschermingsprobleem indien verdere steunverlening nog niet was toegezegd.

619. In die gevallen waarin verdere steunverlening wel toegezegd was, of toegekende tegemoetkomingen teruggevorderd worden, gebeurt dit ofwel overeenkomstig de bepalingen op

grond waarvan de steun werd verleend (1), ofwel in strijd met eerder gemaakte afspraken. In de eerste groep gevallen wordt de begunstigde geacht in te stemmen met de mogelijkheid dat de steun kan worden ingetrokken. Hij kan er zich alleszins aan verwachten en kan wellicht nergens krediet verkrijgen aan gunstiger omstandigheden. De rechtsbescherming veronderstelt in die gevallen vooral een voldoende toezicht op de wijze waarop de desbetreffende bepalingen toegepast worden. De procedures terzake zijn deze die besproken worden inzake de rechtsbescherming van begunstigten waaraan toegezegde steun plotseling ingetrokken wordt.

620. Anders ligt het wanneer de steun niet ingetrokken wordt overeenkomstig de bepalingen op grond waarvan de steun werd toegekend. Het antwoord op de vraag naar de juridische grondslag van de rechtsbescherming van de begunstigde is afhankelijk van de kwalificatie van de rechtshandeling waarin de steun werd toegezegd. Hierbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen steun die verleend werd in een eenzijdige overheidsbeslissing, en steun die werd verleend op grond van een overeenkomst.

2) kwalificatie van de beslissing waarin steun wordt verleend

621. In de onder B besproken juridische instrumenten voor de steunverlening kunnen twee groepen worden onderscheiden. De steun die wordt toegezegd op grond van een algemene machtigingsbepaling in een begrotingswet, op grond van de wet van 17 juli 1959, 24 mei 1959 en art. 2 tot 21 van de wet van 30 december 1970 enerzijds, en de steun die verleend wordt in een van de volgens art. 22 e.v. van de

(1) Zoals art. 38 van de wet van 30 december 1970.

wet van 30 december 1970 voorziene overeenkomsten anderzijds. Steun toegezegd op grond van de eerste groep bepalingen wordt toegezegd in een eenzijdige overheidsbeslissing. Geen van de vermelde bepalingen voorzien zelf een regel die al wie aan de in een van de wetten voorziene criteria voldoet, recht geeft op het verkrijgen van een overheidssteun. De voorziene criteria beperken alleen de bevoegdheid van de overheid tot het toekennen van de in de wetten voorziene voordelen.

622. Dit houdt nochtans niet in dat de in het kader van de vermelde overeenkomsten bedongen tussenkomsten a contrario een burgerrechtelijk karakter hebben. De meningen zijn op dit punt erg verdeeld. De Keyser (1) en Paulus (2) kwalificeren deze overeenkomsten uitdrukkelijk als privaatrechtelijke contracten. Del Marmol ontleedt de krachtlijnen van dergelijke overeenkomsten, maar spreekt zich niet uit over hun kwalificatie (3). Ook Rijcken bespreekt het onderscheid tussen burgerlijke en publiekrechtelijke overeenkomsten niet, maar ziet ook in expansiecontracten een formule om met meer rechtszekerheid een belangenevenwicht te realiseren tussen de staat en de begunstigde, wat eerder een privaatrechtelijke kwalificatie laat vermoeden (4).

(1) Overzicht en appreciatie van de Belgische kaderwet houdende organisatie van de planning en economische decentralisatie en van de Belgische wet betreffende de economische expansie, S.E.W. 1971, p. 63, 64, waar hij zowel de juridische kwalificatie van de contractuele binding van het plan overeenkomstig art. 7 §2 en de wet van 15 juli 1970 (B.S. 21 juli 1970) als van de contracten voorzien in art. 22 e.v. W. 30 december 1970 bespreekt, en de verhouding als privaatrechtelijk bestempelt, maar ook wijst op de vaagheid van de wet.

(2) Economische expansie in contractuele vorm, R.W. 1972-73, 1562 e.v.

(3) Ch. del Marmol, *Réflexions sur l'utilisation des techniques contractuelles dans la vie des affaires*, in Economisch en Sociaal Recht Vandaag, II, Gent 1973, p. 305 e.v. en ook p. 306.

(4) W. RIJCKEN, *Juridische problemen bij de toepassing van de economische expansiewetgeving*, in Economische en Financieel Recht Vandaag, II, Gent 1973, p. 473 e.v., vnl. p. 476.

Le Brun (1), De Clerck (2), Flamme (3), Fontaine (4), Leroy (5), en een bijlage bij het verslag van Hurer en Claeys aan de Kamer (6) waar vooral gesteund wordt op de opvattingen van Flamme, zijn daarentegen van oordeel dat deze overeenkomsten niet beheersd worden door het algemeen contractenrecht, maar beschouwd moeten worden als een bijzondere vorm administratieve contracten (7). De Clerck, Flamme en Leroy, en het verslag aan de Kamer van Hurer en Claeys stellen daarbij dat de staat geen afstand kan doen van zijn discretionaire beslissingsmacht en zich daarom niet onherroepelijk kan binden. Le Brun (8), De Clerck (9), Flamme (10) en Fontaine (11) achten deze overeenkomsten

(1) J. LE BRUN, L'administration économique par voie contractuelle en Belgique, in Renaissance du phénomène contractuel, Commission Droit et Vie des Affaires, Liège - La Haye 1971, p. 39 e.v., vnl. p. 71 e.v.

(2) D. DE CLERCK, Het economisch plan, een nieuw begrip in ons administratief recht, T.Best. 1972, p. 13.

(3) M.A. FLAMME, Législation industrielle ou droit administratif de l'économie, Brussel 1971, p. 238 en 245 e.v., vnl. p. 247 en 248.

(4) M. FONTAINE, Quasi-contrats du plan et groupements d'intérêt économique - étapes nouvelles du droit économique, Ann. Dr. 1970, p. 15 e.v., in een artikel dat voor het tot stand komen van de wet van 30 december 1970 werd geschreven.

(5) M. LEROY, Le contentieux de l'indemnité avant et après la loi du 3 juin 1971, R.J.D.A. 1971, p. 261.

(6) Parl. Doc. Kamer, B.Z. 1968, 125.23, p. 102 en 104.

(7) Zie over administratieve contracten o.a. C. CAMBIER, O.c., p. 266 e.v., A. BUTTGENBACH, O.c., p. 355 e.v.

(8) O.c., p. 71.

(9) D. DE CLERCK, l.c.

(10) O.c., p. 245.

(11) M. FONTAINE, l.c.

meestal te onnauwkeurig om als gewone contracten te worden bestempeld en spreken daarom eerder van gemeenschappelijke intentieverklaringen. Paulus, De Clerck, Flamme en Fontaine verwijzen naar de Franse rechtsleer waar de economische quasi-contracten ontwikkeld werden in de sfeer van het administratief recht (1). Ook de voorbereidende werken brengen op dit punt weinig opheldering. Het vermelde verslag aan de Kamer betreft immers art. 7 §2 van de wet van 15 juli 1970, en niet de art. 22 e.v. van de wet van 30 december 1970, en de kwalificatie van de contractuele binding wordt alleen uitdrukkelijk besproken in een als documentatie toegevoegde bijlage. De daar besproken contractuele binding betreft dus ook de rechtspositie van ondernemingen die op andere gronden dan de hier besproken overeenkomsten steun ontvingen. De voorbereidende werken van de wet van 30 december 1970 vermelden zelfs geen stellingname. Het verslag aan de Senaat spreekt van preciese verbintenissen vanwege ondernemingen ter compensatie van de door de staat verleende tegemoetkomingen (principe van de contractuele planning), maar het verwijst daarbij naar het advies van de Raad van State, waarin het onverantwoord wordt geacht dat de Minister door het sluiten van een overeenkomst afstand zou doen van de mogelijkheid om ook na sluiten van het contract op normale en behoorlijke wijze het algemeen belang vrij te beoordelen, en aangedrongen wordt op een klare juridische formulering van de nieuwe rechtsfiguren (2).

623. Dit ontbreken van uitdrukkelijk wettelijke bepalingen en een klare stellingname in de voorbereidende werken, laat in afwachting van een duidelijke rechtspraak alleen gissingen toe over de juridische aard van deze overeenkomsten.

(1) Zie over het Franse recht o.a. M. FLEURIET, Les techniques de l'économie concentrée, Paris 1974, vnl. p. 138 e.v. en H. JACQUOT, Les interventions économiques de l'Etat par voie contractuelle en France, in Renaissance du phénomène contractuel, Commission Droit et Vie des Affaires, Liège - La Haye 1971, p. 79 e.v., en vnl. p. 103 e.v.

(2) Zie Parl. Doc. Senaat 1969-70, nr. 354, p. 22, 58 en 59.

Het gebrek aan eenstemmigheid in de rechtsleer hoeft daarom niet te verwonderen. Het opnemen van de art. 22 e.v. in een afzonderlijk hoofdstuk, waarin alleen contracten worden behandeld, na een hoofdstuk gewijd aan eenzijdige tussenkomsten, waarin evenwel ook sommige tegenprestaties worden behandeld (art. 18), het gebruik van de uitdrukking "kaderovereenkomsten afgesloten tussen de staat en de ondernemingen (...)" in art. 22, en het ontbreken van elke uitdrukkelijke afwijking van de gebruikelijke betekenis van de term 'contract', wijzen er nochtans op dat deze contracten geen louter naast elkaar plaatsen van eenzijdige intentieverklaringen zijn, maar de uiting van een wilsovereenkomst waarin elke partij verbintenissen aangaat tegenover de andere partij omwille van de door die partij aangegane verbintenissen (1). Het feit dat deze verbintenissen soms vaag kunnen blijven is niet noodzakelijk onverenigbaar met de contractfiguur (2) en impliceert evenmin dat ook duidelijk omschreven verbintenissen niet werkelijk binden (3).

624. Er zijn nog minder aanduidingen om te bepalen of deze overeenkomsten tot de burgerrechtelijke of tot de zgn. administratieve contracten moeten worden gerekend. Een aantal stukken, zoals het eerder vermelde advies van de Raad van State, laten vermoeden dat de overheid over een grotere vrijheid beschikt om zich terug te trekken dan normaal verenigbaar is met een privaatrechtelijk contract, overeenkomstig het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst (4). Dit laat eerder besluiten dat we voor een toch enigszins

(1) Zie nochtans contra M. LEROY, l.c.

(2) Getuige hiervan het onderscheid tussen middelverbintenissen en resultaatverbintenissen, zie o.a. H. DE PAGE, o.c., II, p. 591 e.v., nr. 596.

(3) Zie voor een onderscheid naar de looptijd van de verbintenissen en de mate waarin zij duidelijk omschreven kunnen zijn, M. FONTAINE, o.c., p.

(4) Zie o.a. A. BUTTGENBACH, o.c., p. 77; J. DEMBOUR, o.c., p. 96; L.P. SUETENS, Administratief recht, I, p. 56 e.v., waar evenwel gewaarschuwd wordt tegen een overtrekken van deze regel.

afwijkende groep overeenkomsten staan, en dus voor een vorm van administratieve contracten. Meer dan een vermoeden kan er nochtans moeilijk uit afgeleid worden, omdat het ontbreken van uitdrukkelijke bepalingen ook toelaat te argumenteren dat deze contracten dus wellicht door het algemeen contractenrecht worden beheerd (1).

3) rechtsbescherming bij steunverlening op grond van een eenzijdige overheidsbeslissing

a) aanvechten van overheidsbeslissingen voor de Raad van State

625. Wanneer de steun op grond van een eenzijdige overheidsbeslissing werd verleend, en het intrekken in eenzelfde beslissing wordt besloten, zijn de algemene regels inzake rechtsbescherming tegenover overheidshandelingen van toepassing. De benadeelden kunnen de tweede beslissing aanvechten voor de Raad van State op grond van art. 14 van het K.B. van 12 januari 1973 tot coördinering van de wetten op de Raad van State (2). De Raad kan deze beslissing op haar wettelijkheid toetsen en met name de beslissing vernietigen wanneer zij werd genomen met overtreding van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, of met overschrijding of afwending van macht. De wettelijke bepalingen op grond waarvan steun kan worden verleend voorzien alleen algemene regels over het intrekken van toegekende steun als sanctie tegenover de begunstigde (3). In andere situaties

(1) Zie over de administratieve contracten o.a. A. BUTTGENBACH, o.c., p. 355 e.v. en vnl. p. 360 e.v.; C. CAMBIER, o.c., p. 271 e.v.: beide auteurs vermelden het burgerlijk recht als algemeen recht dat in principe alle contractuele verhoudingen beheerst, maar wijzen er ook op dat hiervan soms zonder uitdrukkelijke wettelijke bepaling van wordt afgeweken op grond van algemene beginselen die elk overheidsoptreden kenmerken. Zie C. CAMBIER, o.c., p. 272, voetnoot 1 op p. 273; A. BUTTGENBACH, o.c., p. 360 en 361.

(2) B.S. 21 maart 1973; zie hierover ook A. BUTTGENBACH, o.c., p. 481 e.v.; C. CAMBIER, o.c., p. 508 e.v.; uit de motivering van de arresten van de Raad van State van 15 december 1961, nr. 9038, 4 maart 1958, nr. 6105 en 15 oktober 1957, nr. 5824, mag waarschijnlijk worden afgeleid dat staatssteun .../...

zullen daarom de algemene beginselen van behoorlijk bestuur belangrijk zijn bij het beoordelen van de wettelijkheid van het intrekken van verleende steun (1), waarbij vooral het gelijkheidsbeginsel een richtlijn kan bieden wegens de twijfel die blijft bestaan over het toepassingsgebied van de rechtsbeginselen die geen uitdrukkelijk wettelijke grondslag hebben (2). Bij het beoordelen van een intrekken van

(2) ./. die toegekend wordt in een eenzijdige beslissing van de overheid en waarop niet automatisch een recht ontstaat op grond van algemeen geldende wettelijke criteria, niet als een subjectief recht kan worden beschouwd waarover de Raad zich niet kan uitspreken. Wanneer de intrekking-beslissing geen individuele beslissing is, behoudt de Raad van State trouwens haar vernietigingsbevoegdheid, zelfs wanneer met de vernietiging eigenlijk het herstel van een burgerlijk recht wordt nagestreefd. Zie Cass., 2 juli 1954, Pas. 1954, I, 951 en J. DELVA, Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter, T.P.R. 1967, p. 409.

(3) Zie G. BROUHNS, o.c., p. 90 e.v.

(1) Zie over deze beginselen L.P. SUETENS, T. Best. 1970, p. 379 e.v.

(2) Volgens een vroeger constante rechtspraak van de Raad van State (zie o.a. Arr. R.v.S., 8 februari 1966, nr. 11633 en 29 februari 1972, nr. 15186) waren alleen rechtscolleges verplicht rekening te houden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en konden tegenover het algemeen bestuur alleen uitdrukkelijk in wetten en reglementen voorziene waarborgen worden tegengeworpen. In het arrest van 17 april 1974, nr. 16364 (zie ook R.W. 1974-75, 308) werd evenwel gesteld dat elk overheidsorgaan dient te handelen overeenkomstig deze beginselen, zonder dat nochtans uitdrukkelijk verwezen werd naar het vroeger gemaakte onderscheid. Bij ontbreken van gelijklopende arresten en commentaar is het daarom misschien voorbarig te spreken van een nieuwe wending in de rechtspraak.

steun aan ondernemingen in moeilijkheden, dient evenwel bovendien rekening te worden gehouden met de eerder vermelde bepalingen betreffende de wettelijkheid van aan deze ondernemingen verleende steun. Het is niet denkbeeldig dat de beslissing waarbij de steun werd toegezegd, kan worden aangevochten. In dat geval staan in principe twee wegen open. Ofwel wordt ondanks het feit dat de steun niet toegezegd had mogen worden, toch tot de vernietiging besloten van het besluit de steun in te trekken, omdat in casu de begunstigde mocht betrouwen op het verkrijgen van steun en/of de wijze waarop zij werd ingetrokken op onrechtmatige wijze zijn belangen schond. In die gevallen kan de overheid evenwel aansprakelijk zijn voor het onwettig verlenen van steun tegenover hen die daardoor werden geschaad, of belast zijn met het verzekeren van de naleving van bepalingen waarmee het verlenen van de steun in strijd was (1). Waarschijnlijker lijkt het nochtans dat de onrechtmatigheid van de verleende steun een reden is om het intrekken ervan niet te sanctioneren. In die gevallen kan het intrekken van de steun misschien wel de oorzaak zijn van een volgens art. 11 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State vergoedbare buitengewone schade (2).

(1) Zie o.a. art. 93 EEG; J. MEGRET e.a., o.c., IV, p. 390 e.v. en vnl. p. 408 en 409; zie ook, voor zover er niet door afgeweken wordt door art. 93, 109 e.v. H.v.J., 7 februari 1973, nr. 39/72, Jurispr. 1973, p. 114, sub. 8, P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen, 2^e druk, Deventer 1974, p. 150 en 151; een vaststelling door het Hof van Justitie of de Commissie van de E.G. dat een lid-Staat zijn verplichtingen niet is nagekomen, kan ook voor de nationale rechter de onrechtmatigheid van de overheidstussenkomst helpen vaststellen in een vordering tot schadevergoeding. Zie hierover verder.

(2) Zie hierover A. BUTTGENBACH, o.c., p. 478 e.v.; C. CAMBIER, o.c., p. 515 e.v. en M. LEROY, R.J.D.A. 1974, p. 255 e.v.

626. Het praktische nut van een beroep tot nietigverklaring van een besluit tot intrekken van steun mag om verschillende redenen niet worden overdreven. Tussen het indienen van het verzoekschrift en het vellen van een arrest, verlopen meestal ongeveer twee jaar (1), en een beroep tot nietigverklaring heeft geen opschortende werking (2). Wanneer een onderneming dus door het intrekken van de overheidssteun ernstige financiële moeilijkheden krijgt, zullen deze moeilijkheden dikwijls al het inzetten van collectieve procedures onvermijdbaar hebben gemaakt vóór de Raad van State een arrest velt. Het vernietigen van een beslissing tot het intrekken van steun lost trouwens alle moeilijkheden nog niet op. Het betekent immers dat de steunverlening wordt hernomen (3).

627. Het niet instellen van een vordering tot nietigverklaring belet een verzoek tot vergoeden van buitengewone schade (4). Omdat de schade die door het laattijdig vernietigen van een beslissing wordt veroorzaakt, volgt uit een jurisdictionele beslissing of haar voorbereiding, kan zij volgens vroegere adviezen van de Raad van State geen aanleiding geven tot een vergoeding, op grond van art. 11 van de gecoördineerde wetten betreffende de Raad van State (5). De schade die uit het intrekken van de steun zelf volgt, kan ook niet worden vergoed op grond van art. 11 van de gecoördineerde wetten betreffende de Raad van State, wanneer de Raad eerder de intrekkingbeslissing vernietigde. In dat geval hield het intrekken van de steun wellicht een fout in in hoofde van de overheid, en kan de schade daarom alleen worden verhaald voor de gewone rechtbanken (6). De Raad van

Zie verder M. BOES, o.c., bijlage 1.

(1) Dit blijkt o.a. uit de in 1974 gepubliceerde arresten. ✓

(2) Zie hierover M.A. FLAMME, Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration, J.T. 1972, p. 440 e.v.

(3) Zie over het ontbreken van een bevoegdheid van de Raad van State en moeilijkheden bij het uitvoeren van arresten o.a. M.A. FLAMME, J.T. 1972, p. 440 e.v.

(4) Zie Adv. R.v.S., 9 januari 1953, nr. 2110, arrest/Adv., 19 december 1953, nr. 2983 en arr., 28 mei 1974, nr. 16446.

(5) Zie o.a. R.v.S., 10 februari 1966, nr. 11636.

(6) Zie o.a. Cass., 16 december 1965, Pas. 1966, I, 513; .../...

State kan dus alleen een schadevergoeding toekennen wanneer om de vernietiging van een beslissing werd verzocht, maar de Raad de vernietiging weigerde. In dat geval kan wellicht geen beroep worden gedaan op de aansprakelijkheid van de Staat op grond van art. 1382 e.v. B.W., en kan dus sprake zijn van buitengewone schade en vorderingen waarvoor geen ander rechtscollege bevoegd is (1). De vergoeding kan nochtans volgens sommigen niet zo worden bepaald dat zij de ingetrokken steun de facto vervangt (2). Het vervangen van de steun door een gelijke schadevergoeding komt neer op een vernietigen van het intrekingsbesluit, en is daarom inderdaad vreemd aan het concept van de buitengewone schade. Opge-merkt moet nochtans worden dat bij het vaststellen van buitengewone schade de Raad van State wel rekening houdt met de weerslag van een beslissing op het financieel evenwicht van een onderneming en dus een schadebegrip hanteert dat beantwoordt aan de in een faillissementsrechtelijke context bestaande behoefte (3).

b) overheidsaansprakelijkheid op grond van art.
1382 B.W.

628. Na de vernietiging te hebben verkregen voor de Raad van State kunnen de benadeelden schadevergoeding vorderen op grond van de overheidsaansprakelijkheid volgens art. 1382 e.v. B.W. voor de burgerlijke rechtbank (4). De vernietiging van

(6) ./. R.v.S., 1960, nrs. 7697 en 7750 en
R.v.S., 1972, nr. 15484.

(1) Zie art. 11 K.B. 12 januari 1973; zie over de bevoegdheid tot schadevergoeding van de Raad van State: A. BUTTGENBACH, O.C., p. 478 e.v.; C. CAMBIER, O.C., p. 515 e.v.; M. LEROY, R.J.D.A. 1974, p. 225 e.v. en vnl. p. 249 e.v. en 261.

(2) Zie M. LEROY, R.J.D.A. 1974, p. 261.

(3) Zie o.a. Adv. R.v.S., 11 januari 1963 1963, nr. 9806 en 24 juni 1971, nr. 14838, en M. LEROY, R.J.D.A. 1974, p. 262.

(4) Zie hierover o.a. J. DELVA, Evolutie van de rechtspraak inzake functionering van de overheidsaansprakelijkheid, T. Best. 1969, p. 67 e.v., en, Overheidsaansprakelijkheid en legaliteitstoezicht (1971-1973), T. Best. 1975, p. 209 e.v.; L.P. SUETENS, De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter, Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, Brussel 1972, IV, p. 676-677.

de bestreden beslissing is daarbij een belangrijke aanwijing bij het onderzoek van de fout van de overheid, en wanneer de schade geleden werd door een beslissing tot het intrekken van steun, is wellicht ook het oorzakelijk verband tussen fout en schade gemakkelijk bewijsbaar. Bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding gelden de algemene regels uit het burgerlijk recht, eens de aansprakelijkheid op grond van art. 1382 e.v. B.W. wordt aanvaard. Het verlies van de ten onrechte ingetrokken steun kan daarom normaal vergoed worden als schade die rechtstreeks veroorzaakt is door de onrechtmatige beslissing, indien de onderneming redelijkerwijze mocht verwachten deze steun te ontvangen. Het beoordelen van de mate waarin zij hierop mocht vertrouwen wordt normaal vergemakkelijkt door de motivering van het arrest waarbij de intrekkingbeslissing wordt vernietigd (1). Bij het beoordelen van de bescherming die deze procedure biedt, dient nochtans ook rekening te worden gehouden met de omslachtigheid en de daarmee samenhangende kosten van twee achtereenvolgende procedures voor verschillende gerechtelijke instanties en met de tijd die nodig is om genoegdoening te verkrijgen (2). De onmogelijkheid in één procedure genoegdoening te verkrijgen en de zekerheid dat pas schadevergoeding kan worden verkregen wanneer de verliezen al goeddeels zijn afgeschreven - indien zij al niet geleid hebben tot een vereffening van de onderneming - zal er velen onwillekeurig van weerhouden te procederen.

629. Theoretisch kan een benadeelde ook onmiddellijk schadevergoeding vorderen voor de burgerlijke rechtbank op grond van art. 1382 e.v. B.W., zonder eerst om de vernietiging van de beslissing te verzoeken voor de Raad van State,

(1) Zie over de toepassing van art. 1382 B.W. bij schending van een belang, en het daaruit voortvloeiend verlies aan relevantie van de vraag naar de kwalificatie van de verwachting van een onderneming waaraan steun is toegezegd als recht of belang: H. DE PAGE, o.c., II, p. 950 e.v., nr. 950 bis, en over het oorzakelijk verband, idem, p. 962 e.v., nrs. 958 e.v.

(2) Zoals eerder opgemerkt vergt een verzoek tot nietigverklaring dikwijls ongeveer twee jaar, waarna de procedure voor de burgerlijke rechtbank nog moet worden ingezet.

of zonder een uitspraak over een ingediend verzoek af te wachten (1). In de praktijk kan nochtans worden verwacht dat de rechter zeer terughoudend zal zijn bij het vaststellen van een fout van de overheid bij het nemen van de beslissing tot het intrekken van steun (2).

c) rechtstreeks aanvechten van overheidshandelingen voor de burgerlijke rechter

630. Na het verzoek tot nietigverklaring bij de Raad van State, het beroep op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de Staat voor de burgerlijke rechtbank, of tot vergoeding van buitengewone schade voor de Raad van State, blijft de rechtstreekse betwisting van overheidshandelingen voor de burgerlijke rechtbank op grond van art. 107 B.W. te bespreken. Ook op dit punt neemt de rechter traditioneel een terughoudende houding aan (3). De bevoegdheid van de

(1) Zie o.a. J. DELVA, T. Best. 1967, p. 465 e.v.

(2) Zie bijv. de opvatting van M. LEROY, R.J.D.A. 1974, p. 261, waar de auteur vooral de 'economische quasi-contracten' bespreekt, die volgens hem evenwel geen burgerlijk karakter hebben (zie o.c., p. 258 e.v.). Leroy is van oordeel dat de opportuniteit van de genomen beslissing aan het oordeel van de rechter ontsnapt en daarom alleen een (buitengewone) schadevergoeding toegekend kan worden zonder na te gaan of de overheid bij contract al dan niet verbroken heeft of mocht opzeggen. Wanneer hij situaties bespreekt waarin de benadeelde een verder verlenen van de steun redelijkerwijze mocht verwachten, kan nochtans gedacht worden aan een toetsen van de beslissing aan het ook aan de Staat tegenstelbare zorgvuldigheidsbeginsel. (Zie Cass., 26 april 1963, Pas. 1963, I, 905, en voordien al het criterium van het "verschalkt vertrouwen", o.a. in Cass., 19 april 1934, Pas. 1934, F, 249, besproken door J. DELVA, o.c., p. 71 en 79 e.v., en L.P. SUETENS, in Miscellanea W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, III, p. 678).

(3) Zie hierover J. DELVA, T.P.R. 1967, p. 395 e.v. en 399 e.v.

burgerlijke rechter vindt op dit punt een eerste beperking in algemene regel, dat de burgerlijke rechter alleen bevoegd is inzake geschillen betreffende burgerlijke rechten (1). Uit de motivering van enkele arresten van de Raad van State mag waarschijnlijk worden afgeleid dat de op grond van een eenzijdige beslissing verkregen staatssteun, waarop de begunstigde niet automatisch recht verkreeg volgens dwingende, algemene wettelijke criteria, niet tot de subjectieve rechten kan worden gerekend, waarover de Raad van State zich niet kan uitspreken. De vraag moet daarom gesteld worden of het "recht" dat de begunstigde aan de toezegging ontleent, wel van aard is dat de burgerlijke rechter zich uit kan spreken over de wettelijkheid van een beslissing die de toezegging intrekt. Met het voorbehoud dat gemaakt moet worden omwille van de evolutie in begrippen zoals 'subjectief recht' (2), is het antwoord op die vraag wellicht negatief. Deze conclusie moet worden onderscheiden van de bevoegdheidsomschrijving van de burgerlijke rechter inzake overheidsaansprakelijkheid. Wanneer het intrekkingbesluit onrechtmatig genoemd kan worden, is de burgerlijke rechter bevoegd wegens het ontstaan van een burgerlijk recht op schadevergoeding op grond van art. 1382 e.v. B.W. (3). Een tweede beperking volgt uit de interpretatie van de hoven en rechtbanken die alleen een beroep bij wijze van exceptie op art. 107 G.W. toelaten (4). Herhaaldelijk werd in de rechtsleer bepleit dat een zo restrictieve interpretatie van art. 107 G.W. zich niet opdrong (5).

(1) Art. 92 G.W., zie J. DELVA, T.P.R. 1967, p. 390 e.v. en p. 480.

(2) Zie o.a. J. DELVA, T.P.R. 1967, p. 390 en de daar vermelde bronnen.

(3) Zie verder voor een uitwerking van de wederzijdse beïnvloeding van een vordering op grond van art. 107 G.W. en 1382 e.v. B.W.

(4) Zie J. DELVA, T.P.R. 1967, p. 396 e.v. en p. 399 e.v.; M.A. FLAMME, J.T. 1972, p. 421; L.P. SUETENS, Miscellanea W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, III, p. 679 e.v.

(5) Zie de vermelde auteurs, en bij J. DELVA, T.P.R. 1967, vnl. p. 396-399, 418 e.v.

631. De rechtspraak evolueerde op één punt nochtans naar een duidelijk ruimere toepassing van art. 107 G.W. Onder invloed van het leerstuk van de administratieve feitelijkheid, groeide een rechtspraak die de burgerlijke rechter in kortgeding bevoegd acht om de uitvoering van een overheidsbeslissing te schorsen, en dringende en voorlopige maatregelen te bevelen tot haar wettelijkheid overeenkomstig de in de vorige alinea's beschreven procedure is beoordeeld wanneer de uitvoering van de beslissing iemand ernstig dreigt te schaden. De feitelijkheid wordt daarbij door Delva omschreven als een materiële handeling die op grond, en ter uitvoering van een onwettige overheidsbeslissing wordt gesteld, en een individueel recht - dus een wettelijk beschermd particulier belang - schaadt of aan schade blootstelt (1). Deze rechtspraak helpt het eerder betreurde ontbreken van opschortende werking van een verzoek tot nietigverklaring bij de Raad van State op te vangen (2). In de hier besproken gevallen zou de gevraagde maatregel evenwel het verder verlenen van eerder ingetrokken steun zijn. Er kan zeker worden geargumenteed dat wanneer de rechter bevoegd is om de uitvoering van de beslissing te schorsen, dit in de hier besproken gevallen logischerwijze het verder verlenen van de steun impliceert. Zo kan ook aangetoond worden dat de enige effectieve dringende maatregel het verlenen van de tegemoetkoming is. Dit kan als een voorlopige maatregel worden beschouwd wanneer de steun terugvorderbaar blijft. Maar de traditioneel terughoudende interpretatie van de rechtspraak, laat vrezen dat een dergelijke beslissing beschouwd zal worden als het geven van bevelen of onderrichtingen aan de overheid in zaken die uitsluitend van administratieve aard zijn,

(1) Zie J. DELVA, T.P.R. 1967, p. 433 en over de bevoegdheid van de burgerlijke rechter in kortgeding bij directe aanvechting van overheidsdaden die als een administratieve feitelijkheid kunnen worden beschouwd: J. DELVA, T.P.R. 1967, p. 421 e.v., p. 432 e.v.; L.P. SUETENS, Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, III, p. 687 e.v.

(2) Zie de verhouding van de bevoegdheden van de Raad van State en de burgerlijke rechter in deze gevallen: J. DELVA, T.P.R. 1967, p. 434 en 435.

en waarbij de overheid enkel qualitate qua optreedt, iets waartoe de rechtbanken niet bevoegd zijn (1). Het praktisch belang van deze evolutie van de rechtspraak in de hier besproken gevallen kan daarom eerder gering blijven.

632. De restrictieve interpretatie van art. 107 G.W. kan tenslotte ook nog enigermate worden geneutraliseerd door een beroep op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de overheid. Zoals eerder vermeld werd, dient de overheid volgens de huidige rechtspraak bij reglementerende en individuele beslissingen met de vereiste zorgvuldigheid te handelen (2). Door schadevergoeding te vorderen op grond van art. 1382 e.v. B.W. wordt het probleem geformuleerd als een aantasting van een burgerlijk recht, en is dus de burgerlijke rechtbank bevoegd. En om na te gaan of de beslissing met de vereiste zorgvuldigheid werd genomen, dient de rechtbank ook de wettelijkheid te beoordelen. Voor een beknopte appreciatie van de vergoedbare schade en bewijsmoeilijkheden kan naar de vorige alinea's worden terugverwezen.

633. Tenslotte moet worden overwogen of een rechtstreeks aanvechten van overheidshandelingen op grond van art. 107 G.W. ook ten gronde mogelijk is, wanneer de beslissing wordt aangevochten op grond van overtreding van een bepaling van openbare orde die door de rechter ambtshalve ingeroepen dient te worden bij een rechtstreekse zowel als bij een onrechtstreekse aanvechting (3). Ook al zal zulks in de hier besproken context wellicht meestal niet mogelijk blijken, lijkt deze mogelijkheid hier, althans in principe, geopperd te moeten worden. Het is immers onlogisch dat partijen om bevoegdheidsoverschrijding door de rechter te vermijden, geen beroep zouden kunnen doen op art. 107 G.W. in gevallen waarin de rechter

(1) Zie J. DELVA, T.P.R. 1967, p. 446.

(2) Zie Cass., 9 maart 1963, Pas. 1963, I, 744 en 26 april 1963, Pas. 1963, I, 905 en J. DELVA, T. Best. 1969, p. 84 e.v., en vnl. p. 86 e.v. en de daar geciteerde bronnen.

(3) Zie o.a. Cass., 19 oktober 1965, Pas. 1966, I, 235.

juist verplicht is bij een aanhangig geschil zelf het initiatief te nemen tot een gelijkaardige actie.

4) rechtsbescherming bij steunverlening op grond van een overeenkomst.

634. Wanneer de overeenkomst ook als zodanig wordt gekwalificeerd is alleen de burgerlijke rechter bevoegd om over de uitvoering ervan te oordelen (1). Zoals eerder werd vermeld in de nrs. 621 e.v., is het nochtans niet mogelijk om altijd met zekerheid te bepalen of de regels van het burgerlijk recht inzake het sluiten, wijzigen en opzeggen van overeenkomsten, contractbreuk en contractuele aansprakelijkheid van toepassing zullen zijn, dan wel aan de administratie een meer discretionaire bevoegdheid zal toegekend worden om de inhoud van het contract eenzijdig te wijzigen. Indien de rechter de overheid in een geschil een dergelijke bevoegdheid toekent, bemoeilijkt hij ook een vordering op grond van de overheidsaansprakelijkheid. Indien de door de overheid aangegane verbintenissen niet als louter contractueel worden beschouwd, blijft cumuleren van de burgerlijke en contractuele aansprakelijkheid in principe mogelijk (2). Maar wanneer een beroep op de contractuele aansprakelijkheid wordt afgewezen, zal het meestal moeilijk zijn een fout in de uitvoering van de overeenkomst te bewijzen. Wel kan nog een beroep op art. 1382 e.v. B.W. worden overwogen indien een culpa in contrehendo kan worden aangetoond omdat de overheid bij het sluiten van de overeenkomst duidelijk onbevoegd handelde (3). In andere gevallen blijft wellicht alleen een verzoek tot vergoeden van buitengewone schade open. Bovendien moet rekening gehouden worden met de mogelijkheid dat de overheid het contract niet eenzijdig opzegt of wijzigt, maar om de nietigverklaring ervan verzoekt. Dit is niet on-

(1) Zie o.a. Cass., 29 april 1902, Pas. 1902, 208; Cass., 8 februari 1872, Pas. 1872, I, 104; R.v.S., 13 september 1960, nr. 8048; C. CAMBIER, o.c., p. 273.

(2) Zie Cass., 22 maart 1889, Pas. 1889, I, 166.

(3) Zie hierover o.a. H. DE PAGE, o.c., II, p. 541 e.v., nrs. 555 e.v. en W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 305, nr. 103.

denkbaar wanneer de overheid tot de overtuiging is gekomen dat zij de steun niet had mogen toekennen, bijv. omdat zij strijdig was met het EEG-Verdrag. Indien om een van de vermelde redenen vast is komen te staan dat niet alleen de juridische grondslag ontbrak voor het toekennen van de steun, maar het verlenen strijdig was met bepalingen van dwingend recht, kan de overheid de nietigheid wegens ongeoorloofd voorwerp van de overeenkomst inroepen (1). Het adagium nemo auditur suam turpitudinem allegans verhindert niet noodzakelijk dat een nietigverklaring gevolgen heeft voor de toegezegde steun, omdat de toepassing ervan facultatief is (2). Bovendien is de rechter juist wanneer de overheid zelf een beroep op art. 107 G.W. doet, gemakkelijk geneigd om wel een rechtstreeks aanvechten van de wettigheid van overheidsdaden op grond van art. 107 G.W. in te willigen. Dit hoeft niet te verwonderen omdat in dit geval de dieper liggende reden voor de anders zo duidelijke terughoudendheid ontbreekt. Wanneer het contract nietig verklaard wordt, blijft voor de benadeelde, zoals in de vorige alinea, alleen een beroep op de aansprakelijkheid van de overheid open wegens culpa in contrahendo, of een verzoek tot vergoeden van buitengewone schade.

B. Van andere partijen die belangen hebben in een onderneming in moeilijkheden die al dan niet steun ontving

635. Schuldeisers van ondernemingen in moeilijkheden, en eventueel ook aandeelhouders en werknemers die onvoldoende betrokken kunnen zijn bij het beleid van die ondernemingen, kunnen op verschillende manieren in hun belangen worden geraakt in verband met de aan die ondernemingen toegezegde steun. Zij

(1) Zie over de oorzaken en gevolgen van de nietigheid van overeenkomsten o.a., H. DE PAGE, o.c., I, p. 141 e.v., nrs. 85 e.v., p. 784 e.v., nrs. 812 en 814 e.v.; zie ook voor het voorwerp en de oorzaak van overeenkomsten: idem, p. 182 e.v., nrs. 83 e.v., en vnl. p. 110 e.v., nrs. 91 e.v.; R. VANDEPUTTE, o.c., p. 79 e.v. over het voorwerp, en p. 97 e.v. over de nietigheid; W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 329 e.v., nrs. 108 e.v. en vnl. p. 332 en p. 404 e.v., nrs. 128 e.v.

(2) Zie W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 424, nr. 132.

kunnen schade lijden omdat de overheid door een onverantwoorde kredietverlening ofwel ten onrechte het vertrouwen in een onderneming in stand hield, of integendeel voortijdig schokte. Zij kunnen ook worden benadeeld omdat een onderneming in moeilijkheden geen steun ontvangt of geen steun meer ontvangt, terwijl zij volgens hen voor steunverlening in aanmerking komt. Voor een bespreking van deze situaties kan verwezen worden naar wat eerder werd vermeld in afdeling I, § 3, en vooral onder nrs. 558 e.v., 578 e.v., 617 e.v. en 636 e.v.

C. Van andere ondernemingen die geen steun ontvingen

636. Ondernemingen in moeilijkheden die geen steun ontvingen, kunnen zich in hun belangen geschaad achten wanneer zij op grond van de geldende wetgeving, en de steun die verleend werd aan andere ondernemingen met vergelijkbare problemen, meenden voor het toezeggen van overheidssteun in aanmerking te kunnen komen.

- 1) steun die in een eenzijdige overheidshandeling wordt toegezegd

637. Wanneer het verkrijgen van steun wordt nagestreefd, die bij eenzijdige overheidsbeslissing wordt toegezegd, dient een onderneming die geen steun ontving de beslissing aan te vechten waarbij de steun werd geweigerd. De procedures en rechtsgronden daartoe verschillen niet van deze die besproken werden onder nrs. 625 e.v. Onder de rechtsgronden kan hier met name het gelijkheidsbeginsel worden vernoemd (1). Maar het beoordelen van een weigering om steun toe te kennen, vergt een diepergaande ingreep in de beslissingen van de uitvoerende macht dan het beoordelen van een beslissing waarin terug gekomen wordt op een eerder genomen beslissing die zulks niet liet verwachten. In de praktijk mag men daarom verwachten dat vorderingen in deze context met nog meer terughoudendheid zullen worden beoordeeld dan de onder A besproken vorderingen, zolang de steunmaatregelen die onder de nrs. 599 e.v. werden vermeld alleen de overheid machtigen steun te verlenen en geen recht op overheidssteun impliceren.

(1) Zie voor de toepassing hiervan: R. ANDERSEN, L'égalité des citoyens devant la loi dans la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'annulation, R.J.D.A. 1972-1973, p. 81 e.v.

2) steun verleend op grond van een contract

638. Wanneer de steun waarom verzocht wordt, toegekend wordt in een overeenkomst (1), gelden de regels die bij contractweigering van toepassing zijn. Zij werden eerder beschreven in de nrs. 585 e.v. In de hier besproken hypothesen wordt de positie van wie geen steun verkrijgt versterkt, omdat uiteraard weinig contractpartners over een zo uitgesproken machtspositie beschikken als de overheid. Bovendien is de overheid bij het sluiten van contracten door het gelijkheidsbeginsel in art. 6 G.W. gehouden alle kandidaat-contractpartners gelijke kansen te bieden. Anderzijds dient er hier opnieuw op gewezen te worden dat de burgerlijke rechter zich moet onthouden van het geven van bevelen of onderrichtingen aan de overheid in zaken die van uitsluitend administratieve aard zijn, en waarin de overheid alleen qualitate qua optreedt. Het is daarom waarschijnlijk dat de rechter inzake het toekennen van overheidssteun minder gemakkelijk het leerstuk van de contractweigering zal ontwikkelen dan tegenover particulieren. Naarmate het leerstuk als verworven kan worden beschouwd, moet om dezelfde redenen rekening worden gehouden met een afwijking van de ontwikkelde regels tegenover de overheid ten voordele van of op grond van de kwalificatie van de overeenkomst als administratief contract, waarbij de overheid een ruimere discretionaire bevoegdheid behoudt.

639. Tenslotte dient er hier op gewezen te worden dat ondanks de principiële bevoegdheid van de gewone rechter (2), in deze gevallen de bevoegdheid van de Raad van State niet geheel mag worden uitgesloten. Bijvoorbeeld inzake aanbestedingsovereenkomsten, maakt de Raad een onderscheid tussen

(1) Zie voor de kwalificatie van de beslissing waarin steun wordt toegezegd onder nr. 621 e.v.

(2) Zie nr. 633.

geschillen betreffende de uitvoering van de overeenkomst, en geschillen betreffende de keuze van de contractpartners (1). Voor de eerste groep is alleen de gewone rechter bevoegd. Maar voor de tweede groep geschillen acht de Raad van State zich wél bevoegd. Het is daarom niet ondenkbaar dat ook inzake contractuele overheidssteun de beslissing geen steun toe te zeggen wél kan worden aangevochten voor de Raad van State. In dat geval kan worden terug verwezen naar wat onder nr. 637 werd vermeld.

D. Van ondernemingen waarvan de concurrentiepositie door de steun aan een onderneming in moeilijkheden wordt vervalst

1) publiciteit

640. Om een onderneming die zich benadeeld acht door de aan concurrenten toegezegde steun toe te laten die steunverlening aan te vechten, is de eerste voorwaarde wel dat zij weten dat aan een onderneming steun wordt verleend. Hiertoe is thans geen enkele publiciteit georganiseerd. Wanneer het publiciteitsvraagstuk vanuit deze hoek wordt belicht, volstaat de in nr. 598 voorgestelde minimumoplossing niet meer. Een mededeling aan de Rechtbank van Koophandel licht de concurrenten van de onderneming in moeilijkheden zelfs niet onrechtstreeks in. Zelfs een mededeling van de toezegging in het vennootschapsdossier brengt eigenlijk geen bevredigende oplossing. De gegevens die toe moeten laten schuldvorderingen te appreciëren, kunnen in dit dossier worden neergelegd, omdat de belanghebbenden die een vordering willen beoordelen, de schuldenaar kennen, en dus systematisch hun vorderingen aan een onderzoek kunnen onderwerpen. Het is daarentegen - althans in de grotere sectoren - zelfs indien

(1) Zie Arr. R.v.S., 11 februari 1964, nr. 10434.

men hen kan opsommen, veel moeilijker om regelmatig de financiële positie van concurrerende ondernemingen te overlopen. De enige bevredigende oplossing lijkt het regelmatig publiceren van een lijst ondernemingen waaraan steun is toegezegd. Dit kan op ten minste twee manieren gebeuren: ofwel door het publiceren van een lijst naar analogie van de publiciteit die de Moniteur du Commerce organiseert voor geprotesteerde handelseffecten, ofwel door het verlenen van steun alleen mogelijk te maken in het kader van een (aangepaste) collectieve procedure. De eerste oplossing stuit op de onder 597 vermelde rechtsbeschermingsbezwaren, en op een duidelijke politieke weerstand, zoals blijkt uit nr. 614. Alleen het integreren van de steunverlening in een collectieve procedure brengt daarom een bevredigende oplossing.

2) steun verleend in een eenzijdige overheids-handeling

641. Ook hier moet een onderscheid worden gemaakt volgens de kwalificatie van de overheidshandeling waarin de steun werd toegezegd. Wanneer de steun werd toegekend in een eenzijdige overheidshandeling, kan de benadeelde partij beroep doen op de onder nrs. 625 e.v. geschetste procedures en rechtsgronden. Daarbij gelden voor de beoordeling van de effectiviteit van de besproken vorderingen ongeveer dezelfde opmerkingen, omdat in de hier besproken optiek het vernietigen van een besluit tot steunverlening bijvoorbeeld niet inhoudt dat de steun wordt ingetrokken.

3) steun verleend op grond van een contract

642. Wanneer de steun wordt toegekend in een contract, ontstaat een duidelijk verschillend rechtsbeschermingsbeeld. Zoals vermeld in nr. 633 is alleen de burgerlijke rechter bevoegd in geschillen die hun oorsprong vinden in een contract. De Raad van State acht zich dan ook onbevoegd, ook tot het vernietigen van overeenkomsten (1), en ook indien

(1) Zie Arr. R.v.S., 13 september 1960, nr. 8048.

derden er om verzoeken (1) omdat ook administratieve contracten geen eenzijdige administratieve akten zijn die door derden kunnen worden aangevochten (2). Het tussen de staat en een onderneming gesloten contract is in principe tegenstelbaar aan derden (3). Derden kunnen een contract wel aanvechten met een actio pauliana op grond van art. 1167 B.W., of er de nietigverklaring van vorderen. Het toekennen van een actio pauliana vergt dat de steun bedrieglijk en met medeplichtigheid van de begunstigde werd toegekend. Steun die toegezegd werd met miskenning van het gelijkheidsbeginsel of dwingende bepalingen uit het EEG-Verdrag, kan evenwel daarom nog niet als een bedrieglijke handeling worden beschouwd. Wanneer de steun werd verleend met miskenning van dwingende bepalingen, kunnen benadeelden wél de nietigverklaring van de overeenkomst vorderen (4). In beide gevallen leidt een inwilligen van de vordering tot een terugvorderen van de steun, en helpen zij dus het beoogde doel bereiken. De kwalificatie van de overeenkomst als een administratief contract, kan nochtans ook in deze gevallen de rechter ertoe brengen geen overeenkomsten te vernietigen of actio pauliana toe te staan wanneer dit in feite de vernietiging van een overheidsbeslissing impliceert.

643. Zoals eerder al vermeld in nr. 639 hanteert de Raad van State nochtans soms een onderscheid dat de rechtsbescherming van benadeelden kan versterken, door zich wel bevoegd te achten voor het beoordelen van geschillen naar aanleiding van de beslissing van de overheid tot het al dan niet sluiten van een overeenkomst met een bepaalde contractpartner. Zeker wanneer de burgerlijke rechter zich onthoudt van een uitspraak over de geldigheid van een overeenkomst om een rechtstreekse aanvechting van een overheidsdaad te

(1) Arr. R.v.S., 21 april 1960, nr. 7807.

(2) Zie Arr. R.v.S., 24 mei 1960, nr. 7885.

(3) Zie over de relativiteit van contracten inzake hun interne gevolgen, en de tegenstelbaarheid van hun externe gevolgen: H. DE PAGE, o.c., I, p. 170 e.v., nrs. 118, 119 en p. 183 e.v., nrs. 121-123; W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 374 e.v.

(4) .../...

vermijden, lijkt het logisch de rechtsbeschermingsprocedures van toepassing te verklaren die normaal tegenover overheids-handelingen open staan. In dit geval kan verwezen worden naar wat werd vermeld in de nrs. 625 e.v. Daarbij moet evenwel worden opgemerkt dat wanneer eerst een vordering voor de burgerlijke rechtbank wordt afgewezen, de termijn voor het instellen van een beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State wellicht is verstreken, en daarom bij voorkeur eerst een verzoek tot nietigverklaring tot de Raad van State wordt gericht.

4) rechtsmiddelen ontleend aan het Europees recht

a) in het kader van de in nrs. 641 en 642 besproken procedures

644. Zowel bij steun die verleend wordt in een eenzijdige overheidshandeling als bij steun die in het kader van een contract werd toegezegd, kan een derde die zich benadeeld acht door het toekennen van de steun, de verenigbaarheid van de steunverlening met het EEG-Verdrag aanvechten in het kader van de in nrs. 641 en 643 vermelde procedures. De mate waarin benadeelde ondernemingen beroep kunnen doen op art. 92 en 93 EEG verschilt aanzienlijk volgens de datum waarop de steunmaatregel werd ingevoerd. Bij steunmaatregelen die vóór het in werking treden van het verdrag ingevoerd werden, kunnen particulieren zich alleen op art. 92 en 93 EEG beroepen nadat de Commissie het stopzetten van de steunverlening heeft bevolen overeenkomstig art. 93 § 2. Wanneer de steun na het in werking treden van het verdrag werd ingevoerd, kunnen derden ook art. 92 en 93 inroepen tot de Commissie inge-

(4) Zie over de nietigverklaring H. DE PAGE, o.c., I, p. 141 e.v., nrs. 95 e.v., en, II, p. 740, nr. 775, alsook p. 784 e.v., nrs. 812 en 814 e.v.; zie ook voor het voorwerp en de oorzaak van overeenkomsten: idem, I, p. 182 e.v., nrs. 83 e.v., en vnl. p. 110 e.v., nrs. 91 e.v.; W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 329 e.v., en vnl. p. 332 en p. 404 e.v.

licht is over het invoeren van de steun, en de gelgenheid heeft gehad om zich over de verenigbaarheid ervan met het verdrag uit te spreken, omdat aangenomen wordt dat art. 93, 3 eerste en laatste zin, in tegenstelling tot de andere bepalingen in art. 92 en 93, rechtstreekse werking hebben (1). De hier besproken grondslagen tot steunverlening dateren allen van na het in werking treden van het verdrag. Voor een bespreking van de houding van de Commissie tegenover deze grondslagen kan terugverwezen worden naar wat werd vermeld on nrs. 615 e.v. Wanneer via art. 93, 3, eerste en laatste zin, een beroep mogelijk is op art. 92, kan een onderneming de onverenigbaarheid van een steunmaatregel voor de nationale rechter invoeren volgens de eerder besproken procedures. Een onderneming kan dit a fortiori wanneer de onverenigbaarheid al is vastgesteld door de Commissie of het Hof. Omwille van de veranderlijkheid van de wetgeving inzake steunmaatregelen, en met name het gebruik van begrotingswetten, lijkt het wenselijk een algemeen overzicht te schetsen van de rechtsbescherming op dit punt, ook al gelden bepaalde hypothesen niet voor de thans van kracht zijnde wettelijke grondslagen voor steunverlening aan bedrijven in moeilijkheden.

645. Indien twijfel bestaat over de verenigbaarheid van de steunmaatregel met het verdrag, kunnen hiervoor twee redenen bestaan. In een eerste hypothese heeft de Commissie of het Hof zich al uitgesproken over de juridische grondslag van de verleende steun, en werd daarbij bezwaar gemaakt tegen sommige toepassingen zonder de maatregel in zijn geheel onverenigbaar te achten met het verdrag. Dit is het geval met

(1) Zie o.a. H.v.J., 15 juli 1964, COSTA v. E.N.E.L., zaak 6/64, Jurispr. 1964, p. 119 e.v.; 2 juli 1973, Commissie v. Duitse Bondsrepubliek, zaak 70/72, Jurispr. 1973, p. 813; en 11 december 1973, Lorenz v. Duitse Bondsrepubliek, zaak 120/73; zelfde datum, Marckmann A.G. v. Duitse Bondsrepubliek, zaak 121/73; zelfde datum, Nordsee D.G. GmbH. v. Duitse Bondsrepubliek, zaak 122/73, telkens Jurispr. 1973, p. 1471, 1495 en 1514, overw. nr. 8;- J. MEGRET e.a., O.C., IV, p. 406 e.v.

de Belgische expansie-wetgeving en een vorige algemene machtigingsbepaling in de begroting van economische zaken (1). Wanneer de twijfel dan de toepassing van de eerder uitgevaardigde algemene norm betreft, kan de nationale rechter in een prejudiciële vraag het Hof van Justitie om een verduidelijking van die norm verzoeken (2). Hij is daartoe verplicht wanneer tegen zijn uitspraak geen beroep mogelijk is. In België geldt de verwijzingsplicht dus voor het Hof van Cassatie en de Raad van State, vermits tegen een arrest van de Raad van State alleen nog een Cassatie-beroep wegens onbevoegdheid open staat (3).

646. Bij ontbreken van een vroegere uitspraak over de juridische grondslag van de aangevochten steunverlening, zijn opnieuw twee situaties denkbaar. Wanneer de Commissie zich nog niet kan uitspreken overeenkomstig art. 93, 3 omdat zij in strijd met art. 93, 3, eerste zin, niet ingelicht werd over het invoeren van de steunmaatregel, kan alleen nog twijfel rijzen over de toepasselijkheid van art. 93, 3. De nationale rechter kan een prejudiciële vraag stellen over het onderscheid tussen oude en nieuwe steunmaatregelen. Wanneer daarover geen twijfel bestaat is de steunverlening onverenigbaar met het verdrag en kunnen particulieren zulks invoeren. Dat particulieren aan art. 93, 3, eerste zin dit recht ontleen, kan worden afgeleid uit de jurisprudentie van het Hof, waarin gesteld wordt dat de rechtstreekse toepasselijkheid van het uitvoeringsverbod in art. 93, 3, laatste zin voor de gehele verbodsduur geldt en zich dan ook uitstrekt tot iedere steunmaatregel die zonder kennisgeving tot uitvoering is gebracht (4).

(1) Zie nr. 615.

(2) Zie art. 177 EEG; P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, o.c., p. 166 e.v.

(3) Zie art. 33 en 34 K.B. 21 januari 1973.

(4) Zie H.v.J., zaken 120/73, 121/73 en 122/73 van 11 december 1973, Jurispr. 1973, p. 1483, 1508 en 1524, overw. 8.

647. Wanneer de juridische grondslag meegedeeld werd aan de Commissie overeenkomstig art. 93, 3, maar de Commissie zich nog niet uitsprak over de verenigbaarheid van de steunmaatregel met art. 92, en dus noch positief reageerde, noch de procedure voorzien in art. 93, 2, inzette, ontstaat een meer complexe situatie. Art. 93, 3, laatste zin, waaraan rechtstreekse werking wordt toegekend, verbiedt het invoeren van de steun vóór de Commissie zich heeft uitgesproken over de verenigbaarheid. Het Hof oordeelde evenwel dat de Commissie niet verplicht is zich uit te spreken in een beschikking in de zin van art. 189. Het bepaalde niet hoe de Commissie zich wél dient uit te spreken, maar oordeelde dat het aanbeveling verdient dat de Commissie een gunstige beslissing meedeelt aan de betrokken staat. Over de termijn waarover de Commissie beschikt om een beslissing te nemen tot al dan niet inzetten van een procedure, zoals voorzien in art. 93, 2, bestaat evenmin zekerheid. Het Hof oordeelde dat de Commissie over een redelijke termijn moet kunnen beschikken maar verplicht de Commissie met voortvarendheid te werk te gaan. Zolang deze termijn niet bij verordening is vastgesteld, kunnen de lid-Staten volgens het Hof evenwel niet eenzijdig de termijn beëindigen. Zich inspirerend op art. 173 en 175 stelde het Hof als compromis dat indien een termijn van twee maanden is verstreken, een lid-Staat een steunmaatregel ten uitvoer mag leggen indien zij de Commissie daarover inlicht. De steunmaatregel kan dan volgens het Hof als een bestaande steunmaatregel worden beschouwd die slechts aangevochten kan worden op grond van art. 93, 1 en 2 (1). Deze vrij verwarde situatie leidt tot een weinig bevredigend rechtsbeschermingsbeeld. Wanneer een staat een steunmaatregel tot uitvoering

(1) Zie H.v.J. in de zaken 120-122/73 van 11 december 1973, Jurispr. 1973, p. 1481 e.v., 1506 en 1522, overw. 4 en 5; zie ook E. GOOSE, Die Prüfung staatlichen Beihilfevorhaben durch die E.W.G., A.W.D. 1974, p. 24 e.v.; C. HEINZE, Zur Vereinbarkeit des Investitionszulagengesetzes 1969 mit dem E.W.G.-Subventionsverbot, A.W.D. 1974, p. 128 e.v.

brengt binnen de twee maanden na de aanmelding, kan zulks onverenigbaar worden beschouwd met het verdrag. Particulieren kunnen de steunverlening dan aanvechten voor de nationale rechter omdat art. 93, 3, laatste zin rechtstreekse werking heeft. Bij eventuele twijfel over de interpretatie van art. 92 en 93 kan de nationale rechter een prejudiciële vraag stellen aan het Hof. Na ruim meer dan twee maanden na mededeling geldt, het eerder besproken regime van de oude steunmaatregel. Niets belet dan particulieren naar art. 92 en 93 te verwijzen bij een aanvechten van de intern-rechtelijke geoorloofdheid van de steunverlening, maar zij kunnen zich niet beroepen op de prioriteit van het verdrag en de nationale rechter kan evenmin in een prejudiciële vraag het Hof om een hem in het concrete geschil bindende interpretatie van het verdrag verzoeken, omdat art. 92 en 93, behalve art. 93, 3, eerste en laatste zin, geen rechtstreekse werking hebben (1).

(1) Het beroep wegens nalaten voorzien in art. 175 EEG (zie P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, o.c., p. 153), kan alleen ingesteld worden om een schending van het Verdrag door de Raad of de Commissie vast te laten stellen. Het Verdrag voorziet evenwel geen termijnen die de Commissie binden, en het Hof heeft, door na verstrijken van een redelijke termijn voor het openen van een procedure de regels voor bestaande steunmaatregelen van toepassing te achten, het ontbreken van een uitspraak van de Commissie deels ondervangen. Daarom kan in de hier besproken gevallen eigenlijk niet van een verdragsschennis gesproken worden, en lijkt een beroep op art. 175 EEG dus uitgesloten. Eerder werd voor het Hof gepleit dat het niet volstaat dat de Commissie zich niet tegen een verdragsschennis verzet om particulieren toe te laten van een verdragsschennis door de Commissie te kunnen spreken (o.a. H.v.J., 1 maart 1966, zaak 48/65, Jurispr. 1966, p. 28 e.v., en vnl. p. 37 e.v. en conclusies Adv.-Gen. GAND, p. 46). Het Hof sprak zich over deze overweging niet uit, maar velde op meer formele gronden een uitspraak die hen niet tegensprak. Bovendien kan een particulier alleen het uitblijven van een verbindende handeling te zijnen aanzien bestrijden. Het Hof oordeelde dat deze laatste beperking naar analogie met art. 173 betekent dat de beslissing hen rechtstreeks en individueel moet raken (zie H.v.J. 15 januari 1974, Holtz & Willemsen GmbH v. Raad, zaak 134/73, Jurispr. 1974, p. 1 e.v. en vnl. p. 11, sub. 5; zie over het begrip "rechtstreeks en individueel raken": H.v.J., 15 juli 1963, Plaumann & Co. K.G. v. Commissie, zaak 25/62, Jurispr. 1963, p. 232; H.v.J., 2 juli 1964, N.C. Glucoseries Réunies v. Commissie, zaak 1/64, Jurispr. 1964, p. 862, en voor een grensgeval ook 1 juli 1965, A.C. Töpfer K.G. en Firma.../...

b) buiten de in de nrs. 640 en 641 besproken
procedures

648. Los van, of parallel met de procedures voor de nationale rechter tot aanvechten van een nationale steunmaatregel, kan worden gedacht aan een rechtstreeks aanvechten voor het Hof van Justitie van deze steunmaatregel. Daarbij zijn twee hypothesen denkbaar: het aanvechten van een steunmaatregel waarover de Commissie of het Hof zich nog niet uitspraken, of het aanvechten van een uitspraak van gemeenschapsorganen waarin de steunmaatregel verenigbaar werd geacht met het Verdrag. Particulieren kunnen, in tegenstelling tot de Commissie en andere lid-Statens, zich niet tot het Hof wenden wanneer zij van oordeel zijn dat een lid-Staat zijn verdragsverplichtingen niet naleeft (1).

(1) ./.. Getreide-importgesellschaft mbH. v. Commissie, zaken 106 en 107/63, Jurispr. 1965, p. 517; P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMATAAT, o.c., p. 156 e.v.; zie ook J. STEENBERGEN, Het beleid van het Hof in de ontwikkeling van het gemeenschapsrecht, S.E.W. 1977, p. 425 e.v.). Het verzet tegen een algemene steunmaatregel die toegepast kan worden in het voordeel van een concurrent, betreft normaal geen beslissingen die aan die criteria beantwoorden. Het niet van toepassing zijn van art. 175 maakt het ook overbodig de nog onduidelijke verhouding tussen art. 175 en 177 te bespreken. Omdat uit het stilzwijgen van de Commissie ook niet afgeleid kan worden dat de steunmaatregel onverenigbaar is met het Verdrag, en er dus geen stilzwijgende beslissing van de Commissie voorligt, dient evenmin de verhouding tussen art. 177 en 173 inzake het beroep tot nietigverklaring onderzocht te worden.

(2) Vergelijk art. 169 en 170 EEG; P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMATAAT, o.c., p. 148 e.v.

Een rechtstreeks aanvechten van de verenigbaarheid van een nationale steunmaatregel met het Verdrag door een particulier voor het Hof is daarom niet mogelijk. Particulieren beschikken wel in sommige gevallen over een beroep tot nietigverklaring overeenkomstig art. 173 EEG (1). Het is nochtans moeilijk denkbaar dat een beslissing van de Commissie waarin een nationale steunmaatregel wordt goedgekeurd, de concurrenten van mogelijke begunstigden rechtstreeks en individueel kan raken in de betekenis die het Hof aan deze uitdrukking heeft gegeven (2). Een rechtstreeks aanvechten van een steunmaatregel voor het Hof van Justitie lijkt daarom ook in deze hypothese niet mogelijk.

E. Van de financierende gemeenschap

649. Naast de eerder besproken particuliere belangen moet ook aandacht besteed worden aan het algemeen belang inzake steunverlening aan bedrijven in moeilijkheden. Deels valt dit samen met de particuliere belangen bij een behoud van de werkgelegenheid en een zo vloeiend mogelijk verloop van het economisch verkeer, en deels met hun belang bij een vrije mededinging en de daarbij telkens ter sprake komende algemene beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel. Verder dient hierbij uiteraard de noodzaak van een zo efficiënt mogelijk beheer van de financiële middelen van de gemeenschap vermeld te worden. De bescherming van het algemeen belang gebeurt via de besproken procedures ter bescherming van particuliere belangen in de mate dat het daarmee samenvalt, en via de controle op het toekennen van overheidssteun die vermeld werd in de nrs. 612 e.v.

(1) Zie P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, O.C., p. 156 e.v.

(2) Zie H.v.J., zaak 25/62, zaak 1/64, en voor een grensgeval zaken 106 en 107/63; P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, O.C., p. 156 e.v.; J. STEENBERGEN, S.E.W. 1977, p. 425.

§ 4. Besluit

650. De steunverlening aan ondernemingen in moeilijkheden is wellicht een van de meer efficiënte, maar ook meest delicate schakels bij het zoeken naar een oplossing voor betalingsmoeilijkheden en het vermijden van faillissementen. Prima facie vinden de interventiemogelijkheden van de overheid sinds het opnemen van algemene machtigingsbepalingen in de begroting voor economische zaken alleen een beperking in de beschikbare middelen. Hieruit volgt dan dat de overheid in vrij hoge mate tegemoet kan komen aan de behoeften van bedrijven in moeilijkheden wanneer overheidssteun nog bij kan dragen tot hun gezondmaking. De onbepaaldheid van de machtiging bemoeilijkt evenwel ook een effectieve controle op de besteding van de middelen. Alleen via procedures voor de bescherming van particuliere belangen kan door het nastreven van het respecteren van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, worden gezocht naar een pragmatische afbakening van de bevoegdheden van de overheid. In veel gevallen kan nochtans de verenigbaarheid met het EEG-Verdrag worden aangevochten van de norm op grond waarvan steun werd verleend, of de toepassing daarvan.

651. Het nastreven van een meer verantwoorde toepassing van de steunmaatregelen na schending van particuliere belangen door het al dan niet toekennen van overheidssteun, stelt heel wat problemen. Samenvattend kunnen hier de volgende moeilijkheden worden vermeld:

1. het ontbreken van informatie over het toekennen van overheidssteun, waardoor derden zich niet tegen het toekennen kunnen verzetten, noch onderzoeken of zij zelf niet op basis van het gelijkheidsbeginsel voor steunverlening in aanmerking komen;
2. het gebrek aan rechtszekerheid bij de beoordeling van zgn. nieuwe steunmaatregelen wegens het uitblijven van een uitvoeringsbesluit bij art. 93, 3 EEG dat bepaalt hoe en in welke termijn de Commissie zich dient uit te spreken;

3. het niet toekennen van rechtstreekse werking aan art. 92 EEG, waardoor het aanvechten van zgn. bestaande steunmaatregelen door particulieren vrijwel onmogelijk wordt gemaakt, waarvan de weerslag nog wordt versterkt door de rechtspraak van het Hof van Justitie, die het toepassingsgebied van de regels voor bestaande steunmaatregelen uitbreidt tot nieuwe steunmaatregelen, waarover de Commissie zich niet binnen een redelijke termijn uitsprak;
4. het ontbreken van de bevoegdheid voor particulieren om voor het Hof van Justitie een met het Verdrag onverenigbare handeling van een lid-Staat aan te vechten;
5. de drastische beperking van de mogelijkheden voor particulieren tot het instellen van een beroep tot nietigverklaring tot het aanvechten van beschikkingen van gemeenschapsorganen die de aanlegger rechtstreeks en individueel raken, door art. 173 EEG en de daaraan door het Hof gegeven interpretatie;
6. het beperken van het beroep wegens nalaten door particulieren tot gevallen waarin gemeenschapsorganen het Verdrag hebben geschonden, door geen handeling te verrichten die de aanlegger rechtstreeks en individueel zou raken;
7. het ontbreken van een duidelijke juridische kwalificatie van de in overeenkomsten toegezegde steunmaatregelen;
8. het ontbreken van klaar omlijnde toetsingscriteria bij het beoordelen van internrechtelijke geoorloofdheid van op grond van een algemene machtigingsbepaling, o.m. door het onduidelijk omlijnde toepassingsgebied van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur;
9. het gebrek aan opschortende werking van een beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State;
10. de traagheid van de procedure tot nietigverklaring voor de Raad van State;
11. het splitsen van de bevoegdheid tot nietigverklaring en tot toekennen van schadevergoeding wegens aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad, wat noopt tot het instellen van verschillende procedures, mede omwille van de in het volgende punt vermelde houding van de gewone rechtbanken;

12. de terughoudendheid van de gewone rechtbanken bij het toetsen van overheidsbeslissingen, en met name bij het toepassen van art. 107 G.W. voor het ten gronde beslechten van een geschil;
13. de soms geringe effectiviteit van uitspraken waarin geen schadevergoeding wordt toegekend wegens het ontbreken van een bevoegdheid tot het geven van bevelen aan de overheid;
14. de terughoudendheid van de gewone rechter bij het toekennen van een schadevergoeding die geïnterpreteerd kan worden als een vernietiging van een overheidsbeslissing;
15. de gebrekkige en vooral onduidelijke bescherming van hen die schade lijden door het vernietigen van een overheidshandeling;
16. het gebrek aan klaarheid in de regels die op overheidscontracten van toepassing zijn;
17. het gebrek aan duidelijkheid over de mate waarin derden overheidscontracten kunnen aanvechten.

652. Betreffende het eerste van de hier besproken punten, over de publiciteits-vereiste, kan terug verwezen worden naar wat werd geschreven in de nrs. 598 en 640. Daar werd gesteld dat een in alle gevallen bevredigende publiciteitsregeling alleen kan worden bereikt wanneer de overheidssteun alleen toegezegd kan worden in een collectieve procedure. Dit punt zal daarom verder in het volgende hoofdstuk moeten worden besproken. Indien alleen de bescherming nagestreefd wordt van wie rechtstreeks of onrechtstreeks bij de steunverkrijgende onderneming betrokken is, kan een meedelen van de verleende steun aan de rechtbanken van koop-handel volstaan.

653. Meer nog dan punt 1, betreffen de punten 2, 3 en 7 vragen die hun oorsprong vinden in de regels inzake steunmaatregelen. Het is daarom moeilijk om een algemene oplossing voor deze moeilijkheden voor te stellen buiten een algemeen onderzoek van de steunmaatregelen-regeling. In het licht van de hier besproken vragen kan een oplossing worden gevonden voor de punten 2 en 3, door het toekennen van recht-

streekse werking aan art. 92, samen met het vinden van een bevredigende oplossing voor punt 15. Inzake punt 7 is het in de hier besproken context belangrijk dat de kwalificatie van een rechtshandeling waarin overheidssteun wordt toegezegd, onbetwistbaar vast staat. Vermits zowel de kwalificatie als contract als het beschouwen van de toezegging als een eenzijdige rechtshandeling, problemen stelt, is het minder gemakkelijk uit te maken welke kwalificatie de voorkeur verdient.

654. De punten 4 tot en met 6 en 8 tot en met 17 betreffen de globale organisatie van de rechtsbescherming, en zullen daarom in het laatste hoofdstuk verder worden behandeld.

Afdeling V. Globale beoordeling van de rechtsmiddelen waarover de belanghebbenden individueel beschikken

1) belangenconflicten bij een ontbinden, schorsen of overdragen van verbintenissen

a) ontbinden en schorsen van verbintenissen

654. Alleen werknemers en schuldeisers kunnen de ontbinding of schorsing van de aangegane verbintenissen nastreven. Scherpe belangenconflicten kunnen daarbij meestal vermeden worden omdat:

- ofwel de mogelijkheden om de overeenkomst te ontbinden of op te schorten beperkt werden tot gevallen waarin:
 - het behoud van het evenwicht tussen de nog te leveren prestaties zulks vereist: zie nr. 531, exceptio non adimpleti contractus;
 - de rechter de gelegenheid wordt geboden om met het algemeen belang rekening te houden en op het middel alleen vóór het uitspreken van een faillissement beroep kan worden gedaan: zie nrs. 532 e.v., stilzwijgend ontbindend beding;

- een gegrond vertrouwen op een verder uitvoeren van de overeenkomst ontbreekt omdat de partijen zelf de ontbinding van de overeenkomst voorzagen: nr. 511 voor arbeidsovereenkomsten van onbepaalde duur, en op het middel bovendien soms slechts vóór het uitspreken van een faillissement beroep kan worden gedaan: nrs. 534 en 535 uitdrukkelijk ontbindend beding en clausules van eigendomsvoorbehoud;
- ofwel de partijen ermee instemden dat het verbreken van de overeenkomst door een forfaitaire schadevergoeding wordt gesanctioneerd (nr. 511, inzake arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur of bepaald werk).

655. De rechtsbeschermingsproblemen die daarbij door het ontstaan van belangenconflicten toch kunnen rijzen, betreffen de tegenstelbaarheid van de ontbindende bedingen en de clausules van eigendomsvoorbehoud (1). Het lijkt wenselijk de rechter de bevoegdheid te verlenen om ook na het uitspreken van een faillissement of vaststellen van een staking van betalingen, een beroep toe te laten op stilzwijgende of uitdrukkelijke ontbindende bedingen en clausules van eigendomsvoorbehoud, indien dit het belang van de massa of van alle betrokkenen dient. Eventueel kan zelfs de tegenstelbaarheid van de clausules als regel worden aanvaard mits er aan de clausules voldoende publiciteit wordt gegeven. Problemen die ontstaan door een beroep op een uitdrukkelijk ontbindend beding of een clause van eigendomsvoorbehoud vóór het uitspreken van een faillissement, kunnen alleen worden vermeden door altijd de tussenkomst van de rechter te eisen zoals voor een beroep op een stilzwijgend ontbindend beding. Om redenen die eerder uiteengezet werden verdient het nochtans de voorkeur deze problemen te beperken door ondernemingen met betalingsmoeilijkheden zo snel mogelijk op te sporen, en de rechter de bevoegdheid te geven om ook tijdens de verdachte periode een beroep op dergelijke clausules te beletten wanneer hij dat wenselijk acht.

(1) Zie nrs. 534, 535, en vnl. 536 e.v.

b) overdracht van verbintenissen

656. De rechtsbeschermingsproblemen die veroorzaakt worden door het ontstaan van belangenconflicten bij de overdracht van aandelen of schuldvorderingen, en het uitschrijven van vacatures door ondernemingen in moeilijkheden, kunnen alleen worden vermeden door een aangepaste informatie over de financiële toestand van ondernemingen. Daarvoor mag worden terugverwezen naar de suggesties die in het vorige hoofdstuk werden gedaan.

657. Bij de overdracht van aandelen rijzen er bijkomende problemen indien de verkoper misbruik maakt van gegevens waarover alleen hij door zijn vertrouwdeheid met de onderneming kon beschikken. Daarom werd het invoeren voorgesteld van aangepaste bepalingen in de vennootschapswet die al wie door zijn banden met de vennootschap over inside information beschikt, bij elke effectentransactie met personen die niet over die informatie konden beschikken, tegenover deze laatsten en de vennootschap aansprakelijk stellen voor het door de outsiders of de vennootschap wegens het ontbreken van die voorkennis geleden verlies, dit misbruik van voorwetenschap eventueel strafbaar stellen, en voldoende publiciteit organiseren voor effectentransacties van insiders om de controle op het naleven van de voorgestelde bepalingen te vergemakkelijken (1).

c) effectiviteit van deze rechtsmiddelen en hun invloed op de bescherming van een belangen-evenwicht

658. De effectiviteit van de bescherming die deze rechtsmiddelen bieden aan hen die er beroep op doen kan erg kort worden beoordeeld: zij bieden een volledige bescherming tegen

(1) Zie nrs. 412 e.v.

verlies in de mate dat het mogelijk is er beroep op te doen, omdat een ontbinding toegestaan wordt of iemand bereid gevonden wordt de vordering over te nemen tegen een interessante prijs. Een beroep op deze rechtsmiddelen houdt evenwel altijd, wegens het overdragen of opheffen van het risico, wel een afstand in van eventueel toch nog bestaande winstkansen.

658. In die gevallen waarin een beroep op de rechter is georganiseerd om bepaalde rechtsmiddelen aan te wenden (1) kan de rechter daarbij in de meeste gevallen rekening houden met meer belangen dan deze van de onmiddellijk in het geding betrokken partijen. Hij kan daartoe zonodig meestal de collectieve procedure van het faillissement inzetten, of het probleem aan de rechtbank van koophandel signaleren, die dan beslissen kan of er redenen voorhanden zijn voor het inzetten van een collectieve procedure. Daartoe is het noodzakelijk dat er een goede samenwerking bestaat tussen de rechtbank van koophandel, de arbeidsrechtbank en de beslagrechter (2), en dat de toepassingsvoorwaarden van het faillissement of een vergelijkbare procedure zo omschreven worden dat de rechter een collectieve procedure in kan zetten wanneer het vrijwaren van de belangen van betrokken belangengroepen dit vereist (3).

2) belangenconflicten bij een beïnvloeden van
het beleid van de onderneming

659. Zoals beschreven kunnen vrijwel alle belanghebbenden tot op zekere hoogte het beleid beïnvloeden van een onderneming waarvan zij deel uitmaken of waarmee zij regelmatig contracteren. Een gemeenschappelijk probleem is daarbij telkens dat de meeste aandeelhouders, werknemers en

(1) Stilziggend ontbindend beding en de vordering gesuggerd in nr. 657.

(2) Zie nrs. 669 e.v.

(3) Zie hierover vnl. nr. 563.

schuldeisers individueel zelden een reële beïnvloedingsmacht hebben. Met uitzondering van een belangrijke aandeelhouder, zeer invloedrijke werknemers, en schuldeisers waarvan de onderneming vrijwel afhankelijk is, kunnen zij alleen een effectieve invloed uitoefenen indien zij in hun groep voldoende talrijk zijn. Een tweede probleem dat telkens rijst, zowel bij het bepalen van de effectiviteit van rechtsmiddelen om het beleid te beïnvloeden voor hen die er beroep op doen, als bij het onderzoeken van de middelen waarover derden beschikken om de voor hen nadelige gevolgen van een beroep op die rechtsmiddelen te beperken, betreft de informatie over ondernemingen. Zonder een voldoende informatie is het onmogelijk tijdig op de juiste middelen beroep te doen. Voor een bespreking van dit probleem kan terug verwezen worden naar het vorige hoofdstuk.

- a) tussen aandeelhouders, of aandeelhouders en andere groepen

660. Binnen de eigen groep kunnen daarbij vooral belangenconflicten ontstaan bij aandeelhouders en schuldeisers. De problemen die daarbij tussen aandeelhouders ontstaan zijn het gemakkelijkst individualiseerbaar. Om deze conflicten te helpen vermijden of oplossen werden in de nrs. 488 e.v. een aantal suggesties geformuleerd tot aanvulling van de geldende of voorgestelde bepalingen. Daarbij werd vooral gewezen op het belang van een algemene bepaling die een beroep op de rechter mogelijk maakt voor elke vennoot die zich door het beleid van de vennootschap of het concern in ongeoorloofde mate benadeeld acht.

661. Door een beroep op de rechter wordt hem bovendien de gelegenheid geboden erover te waken dat bij het oplossen van de gerezen meningsverschillen ook de belangen van andere belangengroepen worden gerespecteerd. Om eerder vermelde redenen lijkt het evenwel niet aangewezen om systematisch elk belangenconflict tussen aandeelhouders en schuldeisers of werknemers als een reden tot coördinerend optreden te beschouwen. Als voorwaarde werd daarbij wel gesteld dat zodra het belangenevenwicht tussen de aandeelhouders en andere belangengroepen dermate ernstig verstoord wordt dat elke actie van de aandeelhouders in hun voordeel de anderen

kan benadelen, dus bij insolventie van de onderneming, collectieve procedures ingezet moeten kunnen worden (1). Dit vergt een formulering van de toepassingsvoorwaarden voor de collectieve procedures die toelaat er telkens beroep op te doen wanneer een onderneming insolvent wordt. Zoals in de nrs. 561 e.v. besproken werd, is het niet uitgesloten, maar evenmin zeker dat de huidige formulering aan deze voorwaarden voldoet. Een aanpassing van de formulering is daarom wenselijk zoals voorgesteld werd in nr. 563.

b) tussen schuldeisers, of schuldeisers en andere groepen

662. De conflicten die kunnen ontstaan tussen schuldeisers die een verderzetten van de kredietverlening wenselijk achten en deze die aandringen op een onmiddellijke vereffening, kunnen hun oplossing alleen voor de rechter vinden, vermits schuldeisers alleen op de vereffening aan kunnen dringen door ofwel om het uitspreken van een faillissement te verzoeken, ofwel het faillissement indien mogelijk door het stopzetten van hun leveringen te provoceren. Praktisch betekent dit dat de toepassingsvoorwaarden voor collectieve procedures zo bepaald dienen te worden dat de schuldeisers die aandringen op een vereffening, om het uitspreken van een faillissement met kans op succes kunnen verzoeken indien sommigen in het nadeel van de massa krediet blijven verlenen. Ook is vereist dat deze procedures niet noodzakelijk leiden tot een vereffening van de onderneming. Zoals in de vorige alinea, veronderstelt dit dat de toepassingsvoorwaarden van de collectieve procedures zo geformuleerd worden dat er tenminste van zodra een debiteur insolvent wordt, beroep op kan worden gedaan (2). In de

(1) Zie nrs. 383 en 594 e.v.

(2) Zie nr. 563.

nrs. 564 e.v. en 585 e.v. werd nader onderzocht in welke mate de regels inzake de aansprakelijkheid van de kredietverleners en contractweigering bij kunnen dragen tot een herstel van het evenwicht tussen de belangen van schuldeisers die te lang krediet verlenen of de kredietverlening te vroeg stopzetten, en de belangen van hen die daardoor werden benadeeld. Daarbij werd gesteld dat beide regelgroepen in aanzienlijke mate daartoe bij kunnen dragen, vooral wanneer de onrechtmatigheid van contractweigering beoordeeld wordt als een misbruik of afwenden van de contracteervrijheid. Maar de aard van de situatie en de tegengestelde belangen maakt een klare, altijd moeiteeloos te interpreteren regeling onmogelijk.

663. Omdat de belangenconflicten tussen schuldeisers door de rechter opgelost dienen te worden, hoeft ook hier de mogelijkheid van belangenconflicten tussen schuldeisers en andere groepen, naar aanleiding van een beroep door de schuldeisers op de voor hen voorziene middelen, niet verder besproken te worden. De rechter kan bij het al dan niet openen van een van de collectieve procedures en bij het afwikkelen ervan, in principe rekening houden met de belangen van andere groepen.

c) tussen werknemers, of werknemers en andere groepen

664. Meer delicate problemen blijven open i.v.m. belangenconflicten die tussen werknemers, of tussen werknemers en andere belangengroepen kunnen ontstaan naar aanleiding van de door werknemers gevoerde politiek. Bij het oplossen van deze reeks problemen kan voor de eerste groep, de conflicten tussen werknemers onderling, nog ten dele beroep worden gedaan op de door het faillissementsrecht voorziene procedures. Indien een groep werknemers het niet eens is met de door de werknemersgroep gevolgde politiek, kunnen zij een beroep doen op de rechter door om het uitspreken van een faillissement of het inzetten van een andere collectieve procedure te verzoeken. Dit kan onge-

twijfeld het krachtenveld beïnvloeden. Maar omdat, zoals al aangestipt en verder nog dient besproken te worden, de invloed van werknemers in het faillissementsrecht niet of slecht is georganiseerd, is het lang niet zeker dat dit beroep op de rechter het door hen die op hem beroep doen gewenste resultaat kan opleveren. Wanneer het belangenconflict ontstaat door de door andere belangengroepen gevoerde politiek, geldt dit bezwaar in nog hogere mate. Daarom mag geconcludeerd worden dat het faillissementsrecht thans geen wegen aanduidt om de belangenverdediging van de werknemers door hen zelf in ondernemingen in moeilijkheden te organiseren. Hun belangrijkste bescherming blijft een beroep op de publieke opinie en de overheid om van buiten de onderneming uit druk uit te oefenen voor een vrijwaren van de werkgelegenheid, en het ter beschikking stellen van de financiële steun die noodzakelijk is voor het verderzetten van de ondernemingsactiviteit. Op die wijze kunnen mogelijkheden voor de onderneming geopend worden die zij in een normaal afwikkelen van een gerechtelijk akkoord of faillissement nooit krijgen kan. Maar daarbij mag nochtans niet worden vergeten dat ook indien de overheid tussenkomt, de rechter het laatste woord behoudt, en alleen oplossingen bekrachtigen kan⁽¹⁾ die de instemming van de schuldeisers kregen. De plaats van de werknemers in het faillissementsrecht blijft daarom, in de mate dat zij niet meer rechtstreeks of door bemiddeling van het in hun rechten getreden Fonds als schuldeisers optreden, een van de ernstigste probleempunten. Om een oplossing te vergemakkelijken werden in de nrs. 518 e.v. een aantal suggesties geformuleerd.

d) met de overheid

665. Ook overheidstussenkomsten kunnen aanleiding geven tot een aantal delicate belangenconflicten. In de nrs. 651 e.v. werd terzake op een aantal punten gewezen. Terzake worden verdere suggesties geformuleerd in de nrs. 690 e.v.

(1) Dit geldt althans zolang de procedure inzake beheer met bijstand niet is ingevoerd. Zie verder nrs. 761 e.v.

3) belangenconflicten bij het beschermen van vorderingen

666. Van deze mogelijkheden, die alleen voor schuldeisers open staan, veroorzaken het beroep op dwanguitvoering, de borgstelling, de verzekering en het leggen van bewarend beslag geen bijzondere problemen. Zij voorzien ofwel een beroep op de rechter, of organiseren een risico-overdracht die indien de overnemer het overgenomen risico kan kennen, de rechtsbeschermingsvragen afdoende beantwoordt. Het invoeren van voorrechten blijft daarentegen, samen met de positie van de werknemer, een van de belangrijkste knelpunten. Het moge volstaan om voor een aanstippen van de problemen die door het doorbreken van de gelijkheid tussen de schuldeisers worden veroorzaakt, terug te verwijzen naar de nrs. 550 e.v. Voor het verkrijgen van een uitvoerbare titel indien men nog niet over een onmiddellijk uitvoerbare authentieke akte beschikt (1), het leggen van uitvoerend of bewarend beslag (2), en in de meeste gevallen ook voor een beroep op een pauliaanse vordering (3), is daarentegen een tussenkomst van de rechter vereist. In die gevallen kan dus, met name wanneer de belangen van andere groepen dit wegens de insolventie van de debiteur vereisen, met andere belangengroepen rekening worden gehouden bij een adequate formulering van de toepassingsvoorwaarden van het faillissement of het gerechtelijk akkoord (4).

667. De effectiviteit van de verschillende methoden om vorderingen te beschermen, is meestal afhankelijk van wat de partijen bij het sluiten van een overeenkomst bedingen, of van de mate waarin zij de evolutie van de financiële toestand van hun debiteur volgen om tijdig hun voorrecht te kunnen uitoefenen.

(1) Zie nrs. 543 e.v.

(2) Zie nr. 553.

(3) Zie nr. 555.

(4) Zie nr. 662.

668. Belangrijk is ook dat een uitspreken van een faillissement de individuele vorderingen en het uitoefenen van individuele rechtsmiddelen schorst. Op dit punt bleken twee lacunes. Daarvan is de mogelijkheid om bij bevoorrechte schuldvorderingen het realiseren van het voorrecht te schorsen, minder ingrijpend wanneer het onroerendegoederen betreft. Omwille van het bevoorrecht karakter van de vordering, is de gelijkheid tussen de schuldeisers immers al doorbroken. Indien er een behoorlijke publiciteit is georganiseerd (1), kunnen derden weten dat zij niet mogen rekenen op het ter beschikking blijven van de goederen waarop het voorrecht is gevestigd. Van Ryn en Heenen stellen evenwel terecht dat het niet kunnen verhinderen van het realiseren van algemene voorrechten op roerende goederen na het afsluiten van het proces-verbaal voor de verificatie van schuldvorderingen, wel problemen stelt die voor de andere schuldeisers onverwacht ernstige consequenties kunnen hebben. Hun interpretatie dat art. 454 W.v.K. alleen op bijzondere voorrechten van toepassing is, verdient daarom uitdrukkelijk opgenomen te worden in de tekst van het artikel (2). Ook ernstiger, omdat geen enkele publiciteit georganiseerd is, lijkt de inbreuk op het te verwachten belangenevenwicht die volgt uit de rechtspraak die het uitspreken van een faillissement zonder invloed acht op een al ingesteld beroep op een stilzwijgend ontbindend beding.

4) bevoegdheidsproblemen

669. In de nrs. 658, 662 en 667 werd er al op gewezen dat een verplichte tussenkomst van de rechter bij het aanwenden van de besproken rechtsmiddelen alleen belangenconflicten kan helpen vermijden, wanneer de rechter die een

(1) Zie nrs. 324 e.v. Zie evenwel verder nr. 744.

(2) Zie nr. 548.

concreet geschil dient te beslechten, ook bevoegd is om een collectieve procedure in te zetten, of er tussen de verschillende gerechtelijke instanties een voldoende samenwerking bestaat. Daarom worden eventuele bevoegdheidsproblemen hier beknopt overlopen.

a) inzake de arbeidsrechtbanken

670. Volgens art. 578 e.v. G.W. dienen verschillende in dit hoofdstuk besproken vorderingen ingesteld te worden voor de arbeidsrechtbanken. Vermits de arbeidsrechtbanken niet bevoegd zijn om het faillissement uit te spreken, kan daarom in die gevallen bij het beoordelen van de individuele vordering niet op dezelfde manier rekening worden gehouden met andere belangengroepen om eventueel een faillissement uit te spreken. Alleen een nauwe samenwerking tussen de arbeidsrechtbank en de rechtbank van koophandel, kan dit probleem helpen overwinnen. Thans is het in verschillende rechtbanken de gewoonte vorderingen van de R.M.Z. mee te delen aan de rechtbank van koophandel. Daarbij kan o.m. worden gedacht aan een meedelen aan de rechtbank van koophandel van alle vorderingen die een bepaald percentage van het kapitaal van verweerder overtreffen. Omdat zulks ongetwijfeld de administratie logger maakt, en lang niet alle vorderingen relevant zijn voor de hier besproken optiek, kan dit nochtans beperkt worden tot vorderingen die er vooral toe strekken een uitvoerbare titel te bekomen voor overigens onbetwiste vorderingen. Indien ook dat niet haalbaar blijkt, zou de regel verder beperkt kunnen worden tot vorderingen van de R.M.Z., tot betaling van bijdragen en eventueel slechts tot verstek vonnissen. Bij deze laatste optie kan terug verwezen worden naar de nrs. 363 e.v.

671. Traditioneel werd ook na het uitspreken van een faillissement een onderscheid gemaakt tussen vorderingen die volgen uit het faillissement en vorderingen die in de marge van een faillissement worden ingesteld, maar daar niet noodzakelijk uit volgen en ook anders ingesteld konden worden. Dit hield in dat de arbeidsrechtbank bevoegd bleef in talrijke arbeidsrechtelijke geschillen, ook indien een faillis-

sement uitgesproken werd van een van de betrokken partijen (1). Deze vrij duidelijk omlijnde regeling leidde niet tot een groot aantal geschillen, en sloot uit dat discussie ontstond over de bevoegdheid inzake vóór het faillissement ingespannen gedingen. Deze regeling geldt ook nu terug sinds de wet van 24 maart 1975 (2). Zij werd een tijd lang ingrijpend gewijzigd door het arrest van het Hof van Cassatie van 3 mei 1973 (3). Deze rechtspraak was conform aan de algemene tendens om de eenheid van het faillissement te benadrukken, en daarom de bevoegdheid inzake faillissementen zoveel mogelijk bij één rechtbank te concentreren (4). Terloops kan hier worden opgemerkt dat dit concentreren van bevoegdheden op basis van een van de elementen in het geschil voor de op dat gebied bevoegde rechter ook gebeurt bij bankbreuk in het bijzonder, en de strafvordering in het algemeen. Ook in dat geval wordt de wenselijkheid betwist van een regeling die geschillen aan een rechtbank voorlegt over problemen waarmee hij niet vertrouwd is. Dit probleem komt verder opnieuw ter sprake (5). In de hier besproken context bood het sterker concentreren van bevoegdheden bij de

(1) Zie hierover o.a. P. COPPENS, Examen de jurisprudence 1969-1974, R.C.J.B. 1974, p. 401 e.v., nr. 33.

(3) Pas. 1973, I, 811; gecommantariëerd door A. CLOQUET, Les questions préjudicielles en matière de faillite et les condamnations d'office par le juge répressif, au payement de cotisations sociales en souffrance, J.T. 1973, 688 e.v.; P. COPPENS, Examen de jurisprudence, R.C.J.B. 1974, p. 403 e.v., nrs. 35 e.v.; A. FETTWEIS, Observations sur la proposition de loi modifiant les art. 574 et 631 Code Judiciaire, J.T. 1973, 690 e.v.; B. van de WALLE de GHELCKE en J. STEENBERGEN, R.W. 1975-76, 939 e.v. Het Hof achtte omwille van de bewoordingen van art. 574, 2° G.W. na het uitspreken van een faillissement uitsluitend de rechtbank van koophandel bevoegd.

(2) B.S. 4 mei 1975, besproken door A. KOHL, La fin d'une controverse, la loi du 24 mars 1975 modifiant l'art. 574, 2° du Code Judiciaire, J.T. 1975, 439 e.v.

(4) Zie in dit verband o.a. het voorontwerp van E.E.G.-Verdrag inzake faillissement, waar ook P. COPPENS naar verwijst: R.C.J.B. 1974, p. 407, nr. 37.

(5) Deze rechtspraak leidde tot een zeer sterke controverse. Verschillende hoven en rechtbanken bleven zich tegen deze, door het hof van cassatie in latere uitspraken nog bevestigde rechtspraak, verzetten, en er werden enkele wetsvoorstellen ingediend om de bevoegdheid van de arbeidsrechtbanken te bevestigen voor alle arbeidsrechtelijke geschillen die rijzen in de marge van een faillissement. Zie hierover P. COPPENS, R.C.J.B. 1974, p. 403 e.v., nrs. 35 e.v., en buiten de daar geciteerde rechtspraak ook nog Arb. Rb. Nijvel, 6 maart 1974, J.T. 1974, p. 352, waar de arbeidsrechtbank .../...

rechtbank van koophandel geen bijzondere voordelen. Ook dan blijft een informatie van de arbeidsrechtbank aan de rechtbank van koophandel noodzakelijk willen deze vorderingen behulpzaam zijn bij het opsporen van ondernemingen in moeilijkheden, en het rekening houden met andere belangengroepen bij het inwilligen van vorderingen. Alleen een algemeen concentreren van de bevoegdheden bij eenzelfde rechtscollege, waarborgt dat de rechter bij het toekennen van individuele rechtsmiddelen kan nagaan of hij geen faillissement dient uit te spreken, of een andere collectieve procedure inzetten. Dit resultaat kan meer dan door een verschuiven van bevoegdheden naar de rechtbank van koophandel wanneer er al moeilijkheden gekend zijn, benaderd worden door een meedelen van de lijst van ondernemingen in moeilijkheden aan de arbeidsrechtbank en de beslagrechter. Deze instanties kunnen de vorderingen betreffende die ondernemingen dan bij voorrang meedelen aan de rechtbank van koophandel. Een drastischer hervorming zou zijn het opleggen van een schorsen van elke uitspraak in die zaken na het meedelen van de lijst, tot de rechtbank van koophandel het licht op groen zet. Deze controverse diende hier toch vermeld te worden omdat zij, ook al vergemakkelijkt zij de toepassing van het faillissementsrecht door het opsporen van bedrijven in moeilijkheden niet, wel de invloed van het uitspreken van een faillissement op de hier besproken vorderingen beïnvloedde. Het Hof van Brussel oordeelde immers op 22 januari 1974 (1) dat de volstreckte bevoegdheid van de rechtbank van koophandel impliceerde dat in het behandelde geschil de burgerlijke rechtbank, zelfs een vóór het faillissement ingeleid geding niet langer behandelen kon na het uitspreken van het faillissement. Daaruit volgde dat de hier besproken vorderingen die normaal tot de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank behoren, na het uitspreken van een faillissement alleszins de massa niet meer konden raken dan gelijkaardige vorderingen ingeleid voor de rechtbank van koophandel. Daartegenover stond dat deze verschuiving in bevoegdheid tijdens de behandeling van een geding een vlotte rechtsbedeling zeker niet bevordert. Vanuit een rechtsbeschermingsoptiek is het daarom moeilijk een voorkeur uit te spreken over de gevolgen van de rechtspraak van het Hof van

(5) ././. zich toch bevoegd acht, en Arb.Hof Luik, 8 mei 1974, J.T. 1974, 713, met noot A. KOHL, waar het Hof zich bevoegd acht om een beroep tegen een vonnis van de arbeidsrechtbank te behandelen, ook al werd een van de partijen na het uitspreken van het vonnis failliet verklaard; zie verder voorstel tot wijziging van art. 574, 2° G.W., Parl. Doc. Senaat 73/74 (13 november 1973), 60 en tot wijziging van art. 574 en 631 G.W., Parl. Doc. Kamer 73/74 (9 oktober 1973), 10.

(1) R.W. 1973-74, 1733.

Brussel vóór de wet van 24 maart 1975, want beide nadelen waren moeilijk, zelfs maar bij benadering, te vergelijken.

b) inzake de beslagrechter

672. De beslagrechter wordt benoemd in de rechtbank van eerste aanleg (1). Zoals voor de arbeidsrechtbanken dient dus ook hier, maar dan voor een ratione materiae natuurlijk veel breder veld, onderzocht te worden in hoeverre beslag-procedures omwille van deze bevoegdheidsregeling kunnen leiden tot het uitspreken van een faillissement, en welke invloed het uitspreken van een faillissement heeft op de bevoegdheid van de beslagrechter. Het antwoord op de eerste vraag is afhankelijk van de mate waarin de beslagrechter het inspannen van een procedure meedeelt aan de rechtbanken van koophandel. Dit was veelal niet het geval ondanks de grote belangstelling voor een dergelijke regeling bij de rechtbanken van koophandel. In deze lacune werd voorzien door de wet van 10 januari 1975 tot wijziging van art. 1390 G.W., waarin de gerechtsdeurwaarder of griffier van de rechtbank van eerste aanleg wordt opgedragen bij beslag ten laste van vennootschappen of handelaars, binnen de 24 uur een afschrift van het bericht van beslag te zenden aan de rechtbank van koophandel (2). Het uitspreken van een faillissement veroorzaakt geen bevoegdheidsverschuiving. De andere gevolgen van het uitspreken van een faillissement zullen verder worden besproken.

5) globale beoordeling van de effectiviteit van deze rechtsmiddelen

673. Herhaaldelijk werd er al op gewezen dat de effectiviteit van deze rechtsmiddelen niet helemaal mag worden beoordeeld naar de mate waarin zij hen die er beroep op doen en de andere betrokken belangengroepen elke schade helpen

(1) Art. 79 en 80 G.W.

(2) B.S. 4 februari 1975; zie ook het voorstel tot wijziging van art. 1390 G.W., Parl. Doc. Senaat, zitting 72/73, nr. 420, hernomen in B.Z. 1974, nr. 37, Parl. Hand. Senaat, 28 november 1974, en Parl. Doc. Kamer, zitting 74/75, nr. 332.

vermijden. Zij zullen, zelfs wanneer zij een maximale rechtsbescherming bieden, zeker niet altijd de economische moeilijkheden kunnen wegcijferen die het basisgegeven vormen in een faillissementsrechtelijke context. In het voorgaande werd alleen overlopen of zij daartoe alle mogelijkheden openlaten en in de mate dat deze moeilijkheden niet opgelost kunnen worden, de lasten die er uit volgen zo billijk mogelijk verdelen. Hierbij dient er zeker nog op gewezen te worden dat deze rechtsmiddelen slechts effectief kunnen zijn indien men er ook beroep op doet. Wanneer de betrokkenen slecht zijn geïnformeerd over de moeilijkheden die een onderneming bedreigen omdat de informatie slecht is georganiseerd, of hun individueel belang in de onderneming te klein is om haar toestand nauwgezet te volgen, zullen zij zeker zonder gevolg blijven. Het feit dat een aantal rechtsmiddelen niet of onvoldoende gebruikt worden omdat de meeste individuele betrokkenen onvoldoende afhankelijk zijn van de onderneming houdt nochtans niet in dat de schade die haar moeilijkheden globaal veroorzaken kan, niet groot kan zijn. Daarom is het bestaan van een gespecialiseerde opsporingsdienst voor wankele bedrijven van overheidswege in vele gevallen een cruciaal element in een effectieve rechtsbescherming.

HOOFDSTUK III: COLLECTIEVE PROCEDURES

Afdeling I. Overzicht van de te bespreken probleemgroepen

A. Opsporen van ondernemingen in moeilijkheden

674. Uit de globale beoordeling in nr. 673 blijkt op de eerste plaats nogmaals de buitengewoon centrale functie van de informatie over de financiële toestand van ondernemingen, en de behoefte aan een georganiseerd samenbrengen van deze informatie (1). Daarbij werd bovendien het belang benadrukt van een centraal organisme dat ondernemingen met een zwakke financiële positie opspoort, om ook indien de betrokkenen passief blijven, te wijzen op de noodzaak om een oplossing te zoeken voor de dringende moeilijkheden. Deels kan voor een bespreken van deze aspecten terug verwezen worden naar het eerste hoofdstuk. De organismen voor het opsporen van ondernemingen met een wankelende financiële positie zullen evenwel in deze afdeling afzonderlijk worden vermeld omwille van hun functie bij het vermijden van schade die veroorzaakt kan worden door een niet- of onvoldoende beroep doen op de individuele rechtsbeschermingsmiddelen.

B. Beslechten van belangenconflicten bij nog solvabele ondernemingen

675. Daarna dienen procedures besproken te worden die ook bij een effectief aanwenden van individuele rechtsmiddelen of althans een tijdig onderkennen van de moeilijkheden, aangewend kunnen worden om de door die rechtsmiddelen opengelaten of gestelde rechtsbeschermingsvragen te beantwoorden.

(1) Zie o.a. advies C.R.B., 23 november 1967.

In een aantal gevallen vermijdt, zoals vermeld in het vorige hoofdstuk, de opbouw van de besproken rechtsmiddelen zelf het rijzen van ernstige rechtsbeschermingsproblemen (1). Maar in andere gevallen kan het aanwenden van rechtsmiddelen wel tot een belangenconflict leiden. Soms wordt daarom een beroep op de rechter voorzien of wenselijk geacht om die belangenconflicten te beslechten. Daarbij kunnen twee groepen procedures of situaties onderscheiden worden.

1) Rechtsmiddelen die alleen door de rechter kunnen worden toegestaan

676. Wanneer rechtsmiddelen alleen door de rechter kunnen worden toegestaan, kan de rechter de belangenconflicten ^{beslechten} tussen de debiteur en wie op de betrokken rechtsmiddelen beroep doet, en daarbij ook de belangen in aanmerking nemen van andere belangengroepen. Omdat de betalingsmoeilijkheden hem zo ter kennis worden gebracht, kan hij ook de opportuniteit onderzoeken van het inzetten van andere procedures. Deze procedures kunnen niet tot de collectieve procedures sensu stricto worden gerekend omdat niet alle betrokken partijen eraan deelnemen. Maar zij breken de verhouding tussen de schuldeiser en de debiteur als het ware open om ruimte te maken voor het in aanmerking nemen van andere belangen, of althans om naar buiten toe duidelijk te wijzen op moeilijkheden die ook de belangen van derden kunnen raken. Tot deze groep procedures kunnen gerekend worden:

- het beroep op het stilzwijgend ontbindend beding (2);
- het verkrijgen van een uitvoerbare titel indien men nog niet over een onmiddellijk uitvoerbare authentieke akte beschikt (3);

(1) Dit geldt o.a. voor de overdracht en verzekering, etc., van schuldvorderingen, de overdracht van aandelen (zie evenwel de suggesties om voor de benadeelde bij misbruik van voorwetenschap een beroep op de rechter te vergemakkelijken: zie nrs. 412 e.v.), de exceptio non adimpleti contractus, het opzeggen van arbeidsovereenkomsten, uitdrukkelijke ontbindende bedingen en clausules van eigendomsvoorbehoud (zie evenwel de voorstellen om de toetsingsbevoegdheid van de rechter te vergroten: nrs. 534 e.v.), voorrechten en hypotheken (idem, en vooral ook de bespreking van de informatie over voorrechten en hypotheken in nrs. 285 e.v.

(2) (3) .../...

- het leggen van uitvoerend of bewarend beslag (1);
- en in de meeste gevallen ook het beroep op de pauliaanse of zijdelingse vordering (2).

Ook de voorgestelde vorderingen voor benadeelde minderheidsaandeelhouders, de slachtoffers van misbruik van voorwetenschap en de werknemers, kunnen tot deze groep worden gerekend indien zij niet leiden tot een ingrijpend wijzigen van de verhoudingen tussen de betrokken partijen. De rechtsbeschermingsvragen die bij deze procedures rijzen werden in het vorige hoofdstuk, en vnl. in de nrs. 654 e.v., beschreven. Zij hoeven daarom hier niet verder behandeld te worden.

- 2) situaties waarin om de gerezen belangenconflicten te beslechten de mogelijkheid geboden dient te worden om het beleid ten minste ten dele aan de ondernemingsleiding te onttrekken om de onderlinge posities van de betrokken groepen ingrijpend te kunnen wijzigen.

677. In de vorige afdeling werd die behoefte ondermeer vastgesteld wanneer:

1. minderheidsaandeelhouders zo ernstig benadeeld werden dat een ingrijpend wijzigen van de ondernemingspolitiek, en eventueel zelfs een ontbinden van de vennootschap, noodzakelijk wordt geacht;

2. sommige aandeelhouders aandringen op een stopzetten van het krediet opnemen, en anderen op een verder aangaan van verbintenissen waarbij het vertrouwen in de ondernemingsleiding ontbreekt, en ten minste maatregelen moeten kunnen worden getroffen om de nadelen van de gekozen koers voor de tegenstanders ervan te beperken;

(2) Zie nrs. 532 e.v.

(3) Zie nrs. 543 e.v.

(1) Zie nr. 553.

(2) Zie nr. 555.

3. een belangrijk conflict ontstaat tussen de werknemers en andere bij de onderneming betrokken belangengroepen, of tussen groepen werknemers;

4. sommige schuldeisers weigeren krediet te verlenen, en andere betrokkenen aandringen op een verderzetten van de ondernemingsactiviteit.

678. Daarbij kan opnieuw een onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin alleen een wijzigen van de onderlinge overeenkomsten of het toekennen van een bijzondere bescherming voor het voorkomen of vergoeden van schade moet kunnen overwogen worden (zoals meestal onder 1, soms onder 2 en 3), en gevallen waarin het haast altijd gaat over het al dan niet beëindigen van de ondernemingsactiviteit (zoals soms onder 2 en 3, en meestal onder 4). In de laatste categorie gevallen moet de gekozen procedure dus ook een liquidatieregeling kunnen voorzien. Alle bij de onderneming betrokken groepen dienen daarom in de procedure aan bod te komen. Maar de gekozen procedure mag nooit noodzakelijk tot een liquidatie leiden. Dikwijls bestaat de behoefte aan collectieve procedures juist om een vastlopen van de ondernemingsactiviteit te vermijden. Een effectief ingrijpen veronderstelt wel dat men niet helemaal gebonden is door een gegroeide toestand, en alleen nog uitspraak kan doen over de gegrondheid van een vordering. Men moet bepaalde elementen kunnen wijzigen. Indit opzicht dient deze paragraaf dan ook samen gelezen te worden met de nrs. 593 e.v. over de overheidstussenkomsten ten voordele van bedrijven in moeilijkheden. De procedures die aan de eerste groep gevallen een oplossing kunnen geven, werden in het vorige hoofdstuk behandeld. Daarbij werd de door deze procedure geboden rechtsbescherming dikwijls beoordeeld in functie van de mate waarin de rechter met meerdere belangen rekening kan houden door zo nodig een van de collectieve procedures in te zetten die tot de tweede groep worden gerekend. Om aan de rechtsbescherlingsbehoefte te kunnen beantwoorden die bij het aanwenden van één van de in het vorige hoofdstuk beschreven procedures kunnen leiden tot het inzetten van een collectieve procedure, is opnieuw vereist dat een collectieve

procedure niet noodzakelijk leidt tot een vereffening van de onderneming, maar wel toelaat deze onderneming en haar verhoudingen met schuldeisers ingrijpend te reorganiseren.

C. Beslechten van belangenconflicten bij insolvabele ondernemingen

679. Wanneer de debiteur insolvabel wordt, vergt een behoorlijke rechtsbescherming om de in nr. 128 vermelde redenen, dat alleen nog in een collectieve procedure naar een oplossing wordt gezocht. Het blijft evenwel wenselijk dat deze procedure niet noodzakelijk tot een vereffening leidt, en toelaat de onderneming en haar verhouding met de schuldeisers ingrijpend te reorganiseren. Deze procedures dienen daarom aan de voorwaarden te voldoen die ook in nr. 678 werden gesteld.

D. Maatregelen die zonder instemming van de schuldeisers genomen moeten kunnen worden

680. Tenslotte kan een onderneming zo belangrijk zijn voor het nationaal of regionaal sociaal-economisch evenwicht, dat men, om het algemeen belang te vrijwaren, een onderneming wil redden, ook zonder dat de instemming van alle betrokkenen daartoe kan worden verkregen. En procedure die zulks toelaat dient evenwel zo georganiseerd te worden dat er alleen in de vermelde gevallen beroep op kan worden gedaan. Bovendien mogen de belangen van de groep die de gekozen oplossing niet mee kan bepalen, niet meer geraakt worden dan noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken. Wegens de grote samenhang van de hier besproken situaties met de in nr. 679 bedoelde belangenconflicten bij insolvabele ondernemingen, zullen beide groepen maatregelen in dezelfde afdeling worden behandeld.

Afdeling II. Opsporen van ondernemingen in moeilijkheden

681. Voor het opsporen van ondernemingen in moeilijkheden werken thans de volgende organismen; of beschikken de volgende organismen over informatie:

- de depistagediensten bij de rechtbanken van koophandel;
- de parketten voor opsporing en onderzoek van bankbreuk;
- het ministerie van economische zaken en de diensten van de ministers belast met de streekeconomie
 - = dat de taak overnam van de in hetzelfde ministerie opgerichte comité voor bedrijven in moeilijkheden (1);
 - = dat geïnformeerd wordt over besloten sluitingen van ondernemingen in uitvoering van de arbeidsrechtelijke bepalingen inzake sluitingen van ondernemingen (2);
- het ministerie van arbeid en tewerkstelling (3);
- de rijksdienst voor arbeidsvoorziening (3);
- het fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers (3);
- de voorzitter van het paritaire comité (3);
- de lijsten van geprotesteerde handelseffecten bij de griffier van de rechtbank van koophandel en de moniteur du commerce belge;
- de door de Nationale Bank beheerde inlichtingencentrale over aan ondernemingen toegekende kredieten van meer dan 1.000.000 B.F. (4);
- de met de voorgaande analoge centrale bij het Herdisconterings- en Waarborginstituut betreffende kredieten die verleend werden inzake buitenlandse handel;

(1) Zie W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 162.

(2) Zie voor de uitvoering van art. 3 van de wet van 28 juni 1966 (B.S. 2 juli 1966): vijf bij K.B. bekrachtigde beslissingen van paritaire comité's en art. 4 van het K.B. 20 september 1967 (B.S. 5 oktober 1967) dat voor al de sectoren waarvoor het paritair comité geen regeling voorzag een informatieregeling opstelde. Zie hiervoor en voor een opsomming van de door K.B. bekrachtigde beslissingen van paritaire comité's: P. VAN DE VELDE, in BLANPAIN R., Arbeidsrecht II, p. 23-31 e.v.

(3) Zie vorige noot; zoals in de vorige noot dienen deze instanties allen verwittigd te worden wanneer de werkgever besloten heeft tot de sluiting van de onderneming indien het K.B. van 20 september 1967 op de onderneming van toepassing is; dit besluit voorziet in tegenstelling tot .../...

- de bij een private bank ook voor andere banken toegankelijke inlichtingencentrale ter bevordering van het gebruik van giraal geld (1);
- diverse door beroepsorganisaties voor verschillende bedrijfssectoren uitgebouwde informatie-systemen.

682. Hier dienen alleen de diensten uit weerhouden te worden die niet alleen informatie verzamelen maar ook op enigerlei wijze tussen beide kunnen komen. Deze lijst wordt dan als volgt beperkt:

- de depistagediensten van de rechtbank van koophandel,
- de parketten,
- het ministerie van economische zaken,
- het ministerie van arbeid en tewerkstelling.

De wijze waarop deze instanties tussen kunnen komen is sterk verschillend. Alleen tussenkomsten van de depistagediensten en de parketten kunnen leiden tot het inzetten van collectieve procedures om de verhoudingen tussen de bij de moeilijkheden in een onderneming betrokken belangengroepen te herzien. De ministeries van economische zaken en van arbeid en tewerkstelling kunnen bemiddelend tussen beide komen, en met de ondernemingsleiding en de werknemers de gerezen moeilijkheden bespreken.

683. Daarbij dienen verschillende opmerkingen gemaakt te worden. Het ministerie van economische zaken kan de onderhandelingen tussen de betrokken groepen ingrijpender beïnvloeden omdat het in sommige gevallen economische steun kan verlenen. Deze interventiemogelijkheid is eerder besproken. Het ministerie zal hier in veel gevallen door de betrokkenen zelf om worden verzocht. In die gevallen zijn de moeilijkheden al gekend en beantwoordt de tussenkomst dus niet langer aan de in deze afdeling besproken behoefte.

(3) ./.. de door de paritaire comité's ontworpen regelingen geen minimum periode tussen het meedelen van de informatie en de sluiting.

(4) W. VAN GERVEN, Lustrumboek, p. 191; A. TIMMERMANS, o.c., p. 479.

(1) A. TIMMERMANS, o.c., p. 480.

Het ministerie hoeft trouwens alleen maar ingelicht te worden wanneer al tot de sluiting van een onderneming is besloten (1). Om te helpen het hoofd te bieden aan toenevende economische moeilijkheden, werd op het ministerie bovendien een dienst voor ondernemingen in moeilijkheden, de zgn. dienst van de knipperlichten, ingericht om tijdig de ondernemingen te kennen waar moeilijkheden dreigen die tot een gehele of gedeeltelijke sluiting kunnen leiden.

684. Ook het ministerie van arbeid en tewerkstelling hoeft maar ingelicht te worden door de ondernemingsleiding indien al tot het sluiten van een onderneming is besloten. Zoals blijkt uit de andere arbeidsrechtelijke instanties die op de hoogte moeten worden gebracht van een dergelijk besluit, werd daarbij vooral gedacht aan een beschermen van de door de sluiting getroffen werknemers door de gelegenheid te scheppen om een behoorlijke afvloeiingsregeling voor te bereiden. In feite is de mogelijkheid om te bemiddelen voor het ministerie van arbeid en tewerkstelling aanzienlijk groter. De syndicaten worden steeds meer vóór het besluiten tot een sluiting van een onderneming of het aanvragen van een gerechtelijk akkoord ingelicht over de moeilijkheden in een onderneming. Langs de syndicale informatie en drukingskanalen wordt het ministerie daarom dikwijls eerder formeel ingelicht over deze moeilijkheden, vooral indien het belangrijke ondernemingen betreft, waarin een groot aantal arbeidsplaatsen verloren dreigen te gaan. Het ministerie van arbeid en tewerkstelling kan nochtans niet gerekend worden tot de instanties die aan de in deze afdeling behandelde behoefte beantwoorden, en wordt daarom hier niet verder besproken.

§ 1. Depistagediensten bij de rechtbank van koophandel

A. Informatie van de rechtbank van koophandel

685. In de nrs. 363 e.v. werd de informatie besproken waarover de zgn. depistagediensten of diensten voor opsporing van wankelende bedrijven, voor handels enquesten, onderzoek faillissementen of gelijkaardige diensten beschikken of dienen te beschikken om zich tijdig een beeld te kunnen

(1) Zie art. 3 W. 28 juli 1966; art. 4 K.B. 20 september 1967 en bij K.B. bekrachtigde beslissingen van paritaire comité's: zie hierover P. VAN DE VELDE in BLANPAIN, R., Arb idsrecht II, p. 23-31 e.v.

vormen van de moeilijkheden die in een onderneming dreigen (1). Daarbij werd ook de juridische grondslag besproken waardoor op deze punten hier niet teruggekomen hoeft te worden. Wel dient hier te worden herhaald dat deze diensten niet bij wet zijn georganiseerd, en zowel het oprichten als de werkwijze afhankelijk zijn van het initiatief van elke rechtbank. De belangwekkende resultaten die door deze diensten met een minimum aan middelen (2) werden bereikt, pleiten nochtans voor veralgemening van deze initiatieven (3). Een institutionaliseren van deze diensten laat toe om hen informatiebronnen te verzekeren en een samenwerking tussen hen mogelijk te maken, vermits dit een minimum aan eenvormigheid in werkwijze veronderstelt (4). Het maakt bovendien mogelijk om het personeelskader van de rechtbanken aan te passen aan de behoeften van deze diensten (5).

B. Timing van de interventies van de dienst

1) het openen van een dossier

686. In de nrs. 363 e.v. werden een aantal inlichtingen opgesomd die kunnen leiden tot het openen van een dossier.

(1) Zie voor een bespreking van de dienst in de Rb. v. Kph. te Brussel: J. VAN DER GUCHT, R.W. 1973-74, 1187; en Brussel, 6 maart 1975, J.T. 1975, p. 346 e.v. met concl. adv. gen. MARCHAND; en Brussel, 29 april 1976, J.T. 1976, p. 465. Zie ook J. STEENBERGEN, R.W. 1975-76, 2325 e.v.

(2) Bij de Rb. v. Kph. in een economisch zeer belangrijk rechtsgebied, blijken in 1974 ongeveer twaalf consulaire rechters één dag per week voor de depistagedienst te werken, terwijl in een middelgrote rechtbank het aantal 'manuren' per week dat de dienst vereiste, volgens een studentenenquête in 1974, op ongeveer negen werd geraamd. Ook in een grote rechtbank zouden twee gekwalificeerde bedienden volstaan om de infrastructuur te verbeteren.

(3) Voor Brussel werd een gedetailleerde statistiek gepubliceerd door J. Van der Gucht in de vermelde bijdrage in het R.W. Met inbegrip van 1974 zijn deze cijfers als volgt geëvolueerd:

.../...

Thans wordt geen onderscheid gemaakt tussen het openen van een dossier en het uitnodigen van de handelaar of vennootschap om nadere inlichtingen te verschaffen. Dit hangt wellicht samen met het feit dat de rechtbank van koophandel zelf het initiatief dient te nemen om de meeste inlichtingen te verkrijgen, en daarom slechts een dossier opent indien haar bekend wordt dat een onderneming misschien ernstige moeilijkheden kent. Dit onderscheid lijkt nochtans nuttig wanneer men arbeidsrechtbanken, de beslagrechter, de hypotheekbewaarder (1) en de griffie van de rechtbank van koophandel, opdragen wil bepaalde inlichtingen zelf door te geven aan de rechtbank van koophandel. Het is ook noodzakelijk voor een uitwisseling van informatie tussen rechtbanken van koophandel omdat dan iedere rechtbank dient te weten dat zo beslag werd gelegd etc., zulks ook blijken zal uit de doorgegeven inlichtingen. Bovendien bevordert een objectiveren van de criteria voor het openen van een dossier de gelijkheid tussen de ondernemingen, en zo de rechtsbescherming.

(3) ./.

behandelde dossiers 1967 - 1974: 2990

- faillissementen op bekentenis	379	1217 of 40,7%	1533 of 51,2%
- faillissementen van ambtswege (28%)	838		
- gerechtelijke akkoorden	123		
- vereffeningen in der minne	193		
- kapitaalsverhogingen (tot. bedrag 1.043.160.000)	203	6,7%	1457
- minnelijke regelingen en verza-			of
kingen van schuldvorderingen	1249	41,7%	48,7%
- fusies	5	0,16%	

Cijfers meegedeeld door de heer Van der Gucht, voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel.

(4)

(5) Voor een officialisering of wettelijke regeling pleiten o.m. A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 32; J. VAN DER GUCHT, R.W. 1973-74, 1202 en W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 123. Bij een eerder vermelde studentenenquête wensten in 1974 6 op de 7 van de rechtbanken van koophandel die zich hierover uitspraken, een wettelijke regeling.

(1) Indien de informatie over de op onroerende goederen gevestigde voorrechten uitsluitend gecentraliseerd blijft bij de hypotheekbewaarder.

2) het ogenblik waarop de dienst actief optreedt

687. Vanuit een rechtsbeschermingsoptiek zeker zo belangrijk, maar veel moeilijker te realiseren, is het bepalen van criteria voor het gevolg dat aan de verkregen informatie gegeven dient te worden. De enige poging hiertoe zijn eigenlijk de toepassingsvoorwaarden van het faillissement, en eerder bleek al tot welke betwistingen deze aanleiding kunnen geven. Ook indien nog bepaald kan worden wanneer ten laatste een collectieve procedure ingezet dient te worden, blijft het moeilijk vast te stellen wanneer in een precontentieuze fase een initiatief genomen moet worden, omdat het zo moeilijk is de economische situatie van bedrijven volgens eenvoudige criteria te vergelijken. Daarom is het misschien wenselijk dat elke dienst het ogenblik bepaalt waarop zij oordeelt te moeten ingrijpen. Indien het toch nodig blijkt regels terzake te voorzien, om de efficiëntie van de dienst in sommige gebieden te verhogen of om de rechtsbescherming te versterken, zal dit wellicht gemakkelijk kunnen gebeuren nadat eerst een informatieverworgingsschema heeft gewerkt. Dan kan beter nagegaan worden bij welke inlichtingen een dossier nader onderzocht dient te worden, dan thans het geval is. Nu kan evenwel al worden opgemerkt dat vooral inlichtingen over vorderingen van de R.M.Z. en de B.T.W., protesten en gegevens van de beslagrechter, genoemd worden onder de relevante informatie. Jaarrekeningen spelen daarbij slechts een ondergeschikte rol. Dit hoeft niet te verwonderen gezien de inhoud van de meeste tot voor kort neergelegde stukken. Wel belangrijk zijn de gegevens van het parket over het laattijdig neerleggen van jaarrekeningen.

688. Dit opteren voor een pragmatische ontwikkeling heeft zoals elk soepel beleid, waarbij de beslissingen door een groter aantal van elkaar onafhankelijke lichamen - zoals de rechtbank van koophandel - genomen worden, voor de rechtsbescherming als nadeel dat de gelijke behandeling van alle rechtsonderhorigen niet is gewaarborgd. Dit hoeft nochtans niet tot scherpe rechtsbeschermingsproblemen te

leiden wanneer door andere regels de gelijkheid van de betrokkenen zoveel mogelijk wordt nagestreefd. Belangrijk daarbij lijkt dat geen ruchtbaarheid wordt gegeven aan een tussenkomst van de depistagedienst maar de betrokken onderneming over het openen van een dossier wordt ingelicht, en dat de gegevens waarover zij beschikt ook voor anderen toegankelijk zijn (1). De eerste regel beschermt de rechten van de verdediging en belet dat het vertrouwen in ondernemingen wordt geschokt op een ogenblik dat concurrerende bedrijven in een ander rechtsgebied volgens de daar gehanteerde criteria nog niet door de depistagedienst worden aangesproken. De tweede regel vergemakkelijkt het voor belanghebbenden zelf hun positie tegenover een wankele onderneming zoveel mogelijk te verbeteren, ook al treedt de depistagedienst in dat rechtsgebied nog niet op. De eerste regel wordt nu algemeen erkend. Wil de tussenkomst effectief zijn dan zal normaal gezien altijd de betrokken onderneming moeten worden ontboden. Wel kan een formeel vastleggen van deze regel worden overwogen. De tweede levert meer moeilijkheden op, deels omdat zij gemakkelijk tot contradictie met de eerste leidt. Zoals besproken in nrs. 363 en 364 betreffen de geopperde bezwaren vooral het publiceren van dagvaardingen. Deze redenering steunde evenwel grotendeels op wat na een aantal gesprekken als gangbaar rechtsgevoel naar voor kwam. Deze gesprekken kunnen nochtans bezwaarlijk een statistisch verantwoorde, representatieve steekproef genoemd worden. Ook

(1) Zie over de interpretatie van de regels inzake de rechten van de verdediging op het meedelen van alle stukken in het dossier: Brussel, 6 maart 1975, J.T. 1975, 346 e.v. met concl. adv. gen. MARCHAND waarin het Hof oordeelt dat ook een procedure waarin ambtshalve een faillissement wordt uitgesproken, zonet contentieus, dan tegensprekelijk is, en dat daar om alle partijen inzage moeten kunnen hebben van de stukken waarop de rechtbank oordeelt. Het Hof volgt hierin Cloquet (A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 33), terwijl de advocaat generaal in deze regel alleen een aanbeveling zag bij het amts halve uitspreken van een faillissement. De advocaat generaal was van oordeel dat alleen de verzetsprocedure tegensprekelijk is.

zo dit wél het geval was, is het rechtsgevoel aan sterke wisselingen onderhevig en dit zeker inzake privacy en bedrijfsleven (1). De daar getrokken conclusie mag dus niet te absoluut worden beschouwd. Het voorbehoud dat werd gemaakt voor het neerleggen van afschriften van dagvaardigingen in het vennootschapsdossier en in het dossier van niet geïncorporeerde ondernemingen bij het handelsregister, beklemtoint bovendien de behoefte aan een betere regeling voor het voorrecht van administraties van Directe Belastingen, en vooral van de B.T.W.-administratie en de R.M.Z. In het licht van het voorgaande verdient een publiciteitsregeling daarbij de voorkeur boven een beperking van de periode waarin de vorderingen bevoorrecht zijn (2). Wanneer de georganiseerde publiciteit alleen een neerleggen van stukken in een vennootschapsdossier voorziet, lijkt een contradictie met de regel die ruchtbaarheid vraagt te vermijden, nochtans weinig waarschijnlijk. Het dossier wordt immers alleen maar geconsulteerd door belanghebbenden die al moeilijkheden vermoeden, of omwille van het bijzonder belang van een transactie speciale voorzichtigheid wenselijk achten. Het meedelen van het neerleggen van vonnissen in de Moniteur du commerce belge, kan evenmin indruisen tegen deze regel omdat na een vonnis nog bezwaarlijk over confidentiële gegevens kan worden gesproken. Alleen al om delicate aansprakelijkheidsvragen te ontwijken, lijkt het trouwens wenselijk de door de diensten aan derden ter beschikking gestelde gegevens te beperken tot in het vennootschapsdossier neer te leggen stukken, of het meedelen van bepaalde voor iedereen vast te stellen feiten. Wanneer de dienst zelf ondernemingen en andere belanghebbenden adviseert over de financiële toestand van een onderneming, gaat zij verder dan het meedelen van stukken die een

(1) Zie nr. 60.

(2) Zie nr. 358.

beoordeling toelaten. Zij geeft dan een interpretatie van die gegevens waarvoor zij aansprakelijk is (1). Bovendien ontbreekt voor het geven van dergelijke adviezen alle rechtsgrond. De rechtbank ontleent aan art. 442, 1 W.v.K. alleen de bevoegdheid tot het opsporen van ondernemingen in moeilijkheden in functie van haar opdracht ambtshalve een faillissement uit te spreken. Deze opdracht verantwoordt weliswaar dat de ondernemer hierover wordt ingelicht om de rechten van de verdediging te beschermen, en belet niet dat de al openbare stukken waarop de rechtbank oordeelt beter toegankelijk worden gemaakt, maar laat de rechtbank niet toe als consultatiebureau te functioneren.

C. Actiemiddelen van de diensten

689. Nog moeilijker dan het bepalen van het ogenblik waarop eendienst kan of moet ingrijpen, is het bepalen van algemene regels over de door de diensten te nemen maatregelen. Toch biedt hier het ogenblik waarop ten laatste een collectieve procedure dient ingezet te worden, houvast. Zodra iemand zijn betalingen gestaakt heeft, en zijn krediet aan het wankelen is gebracht, dient de rechtbank ambtshalve het faillissement uit te spreken (art. 437 W.v.K.). Wanneer rekening gehouden wordt met de suggesties uit nr. 563, is de rechtbank daartoe verplicht wanneer de onderneming insolvabel wordt. De stappen die voordien overwogen kunnen worden zijn afhankelijk van de situatie van de onderneming, de ondernemingen die schuldeisers zijn, enz. De aangewende methodes blijken deels uit de statistieken van de rechtbank van koophandel te Brussel (2). Juist omdat de onderneming bij hypothese nog

(1) Zie over overheidsaansprakelijkheid voor gegeven inlichtingen o.a. Cass., 4 januari 1973, R.C.J.B. 1974, 336 e.v. met noot J. STASSEN; en over de aansprakelijkheid van financiële instellingen voor inlichtingen over de financiële toestand van een onderneming: Gent, 25 april 1974 (onuitgeg.) en A. ZENNER, Rev. Banque 1974, p. 721 e.v.

(2) Zie onder nr. 685.

solvabel is, is een zo groot mogelijke soepelheid op dit punt verantwoord. De discussie over wat juridisch de opdracht van deze diensten kan zijn, heeft veel aan relevantie verloren sinds het Hof van Beroep te Brussel hun opdracht heeft geïnterpreteerd in het eerder vermelde arrest van 6 maart 1975. Deze discussie concentreerde zich op de eerste plaats rond de vraag of de dienst alleen na mag gaan of een faillissement uitgesproken dient te worden, ofwel ook zelf vóór het inzetten van een faillissementsprocedure stappen mag zetten om een faillissement zo mogelijk nog te vermijden. Het Hof van Beroep te Brussel trad de stelling bij dat de diensten ondernemingen kunnen oproepen om hen om uitleg te verzoeken over hun financiële toestand en bepaalde maatregelen te suggereren (1). Vooral de bevoegdheid van de rechtbank om bepaalde herstructureringen of andere maatregelen aan ondernemingen in moeilijkheden te suggereren, werd door sommigen erg aangevochten (2). Deze suggesties kunnen wijzigingen in de financiële structuur betreffen zoals een kapitaalsverhoging of het uitdrukkelijk beding van de solidaire aansprakelijkheid van belangrijke vennoten, of wijzigingen in de bedrijfsactiviteiten of het beheers- of personeelskader (3). De diensten

(1) Deze stelling werd eerder al verdedigd door A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 32 en 362; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 122-123 en de vermelde bijdrage van J. VAN DER GUCHT. Het arrest werd besproken door Ph. MATHEI, o.c., p. 7 e.v., waar op p. 6 eveneens de argumenten worden weergegeven van hen die deze opvatting niet deelden. Zie over de argumenten contra ook A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 363 e.v.

(2) Bij de eerder vermelde studentenenquête bleken op 7 rechtbanken die zich op dit punt uitspraken, 4 dergelijke adviezen regelmatig te geven, 1 slechts occasioneel een advies te geven, en 2 nooit maatregelen te suggereren, waarvan 1 zich zeer uitdrukkelijk tegen het geven van deze adviezen uitsprak.

(3) Zie hierover o.m. de polemiek tussen A. PUELINCKX, Rev. Banque 1968, p. 605 e.v. en J. VAN DER GUCHT, B.R.H. 1968, II, 704. De depistagedienst te Brussel vond, ook zonder verdere overheidstussenkomsten, in de periode van 1967-1974 investeerders bereid om in totaal 1.043.160.000 B.F. te investeren in ondernemingen in moeilijkheden, wat in 203 gevallen, 6,7% van de behandelde dossiers, een kapitaalsverhoging toeliet.

kunnen dus op vrijwel elke denkbare wijze bijdragen tot het saneren van een onderneming. Zij kunnen ook zonder zelf suggesties te formuleren of voorwaarden te stellen die hun aansprakelijkheid tot gevolg kunnen hebben, wijzen op de gevolgen van een verder berslechteren van de toestand. Daarbij kan met name worden gewezen op de mogelijkheid, en zelfs de verplichting voor de rechtbank, om een faillissement uit te spreken zodra aan de voorwaarden daartoe is voldaan. Dit is trouwens het belangrijkste argument voor de depistagediensten om een onderneming tot koerswijzigingen aan te sporen. De dienst kan ook wijzen op de regels inzake de aansprakelijkheid van beheerders en het uitbreiden van een faillissement tot andere personen of vennootschappen.

D. Besluit

690. Ondanks de in de vorige alinea bepleite soepelheid en de ruime waaier aan mogelijkheden waarover de diensten al beschikken, kan het inzake de actiemiddelen zowel als inzake de informatieverwerking, toch wenselijk zijn om het kader en de werkmiddelen van de depistagediensten iets verder te organiseren. Dit zou ertoe bijdragen de diensten te 'verzelfstandigen', en zo tegemoet komen aan de bezwaren van hen die vrezen dat de werking van de depistagediensten de onafhankelijkheid van de rechtbanken aantast. Daarbij kan aan verschillende formules worden gedacht. Men kan overwegen een of meer rechters (leken-rechters of full-time-magistraten) te belasten met een opdracht die geïnspireerd kan worden op die van de onderzoeksrechters in de strafvordering of de rechter-commissaris in een faillissementsprocedure. Praktisch even belangrijk is de noodzaak om deze rechters te omgeven met deskundigen in de bedrijfseconomie. Zij kunnen zelf consulaire rechters zijn, of deskundigen die door de rechtbank worden aangesteld. Het aanstellen van onafhankelijke deskundigen biedt de mogelijkheid om, zonder de rechtbank al te nauw bij het beleid van de onderneming te betrekken, toch het beleid van een onderneming in moeilijkheden van nabij te volgen. Dit laat toe zowel de onderneming te adviseren

als de rechtbank de gelegenheid te geven om tijdig te beslissen wanneer er drastisch moet worden opgetreden. Een zo soepele formule brengt een vorm van 'gecontroleerd beheer', maar gaat veel minder ver dan het vroegere stelsel van gecontroleerd beheer en het nu bestudeerde ontwerp (1). Het kan daarom een aangepaste oplossing brengen voor de moeilijkheden die rijzen in een fase waarin de debiteur nog solvabel is. Het institutionaliseren van de depistagediensten kan er ook toe bijdragen dat ook kleinere rechtbanken of rechtbanken in economisch minder dynamische gebieden, over de vereiste werkmiddelen beschikken. Vooral een formule waarbij de rechtbank zich voor het volgen van een onderneming bij kan laten staan door een deskundige, laat toe zelfs in rechtbanken waar een aanpassen aan het kader van full-time magistraten of leken-rechters niet wenselijk of mogelijk geacht wordt, een depistagedienst uit te bouwen. Ondanks de voorstellen op dit punt in het ontwerp inzake beheer met bijstand, lijkt het immers niet aangewezen om alleen depistagediensten in te richten bij de zgn. grotere rechtbanken van koophandel. Wanneer zij verantwoordelijk worden voor de depistage in een ruimer gebied dan het gerechtelijk arrondissement, bemoeilijkt dit de informatieverwerking. Het vergt dan in nog meer gevallen een uitwisselen van informatie tussen rechtbank en griffie, vermits veel gegevens beschikbaar worden op de rechtbank van de woonplaats of de maatschappelijke zetel van een onderneming, en een faillissement ook slechts alleen door die rechtbank kan worden uitgesproken.

691. Voor het financieren van de tussenkomsten kan een samenwerking worden overwogen tussen de depistagediensten en de diensten van het ministerie van economische zaken of

(1) Zie over het gecontroleerd beheer dat in de jaren dertig gold: J. MALHERBE, *L'administration contrôlée des entreprises*, in *Idées Nouvelles dans le droit de la faillite*, p. 85 e.v., en W. VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, p. 128. Zie vooral het nu besproken ontwerp *Parl. Doc. Senaat*, 1976-77, 1030.

de staatssecretariaten voor streekeconomie. Om te vermijden dat ook de werking van de depistagediensten gehypothecerd zou worden met de moeilijkheden betreffende de verenigbaarheid van de overheidssteun met het EEG-Verdrag (1), dient dan wel begrotingsartikel 60.01 A op de begroting van het ministerie van economische zaken anders gelibelleerd te worden. Daarbij kunnen uitdrukkelijk ten laste van deze begrotingspost bepaalde kredieten ter beschikking worden gesteld van de rechtbank van koophandel voor het aanstellen van deskundigen. Een andere oplossing ware dit begrotingsartikel, dat nu al voorkomt op de begrotingen van de ministeries van economische zaken, financiën en middenstand, ook in te schrijven op de begroting van het ministerie van justitie. De middelen die op deze begrotingsartikelen zijn ingeschreven, werden tot nu toe vooral aangewend voor het steunen van individuele ondernemingen. Het is verdedigbaar een deel van de middelen die het parlement wil vrijmaken voor het steunen van ondernemingen in moeilijkheden, aan te wenden voor de financiering van het bijstandsapparaat. Een 'overpompen' van middelen van de begroting voor overheidssteun naar de begroting voor de rechtbanken van koophandel is trouwens onvermijdbaar wanneer men de depistagediensten verder wil uitbouwen, en het totaal bedrag van de voor steun aan ondernemingen in moeilijkheden uitgetrokken kredieten niet verhogen kan.

Schematisch leidt dit:

- ofwel tot een overdragen van een deel van de kredieten voorzien onder de vermelde begrotingsartikelen 60.01 A (2) naar de begroting van het ministerie van justitie om een beperkt kader gekwalificeerd administratief personeel aan te werven wat toe zou laten om met het huidige kader van full-time magistraten en consulaire rechters in elke rechtbank van koophandel een depistagedienst uit te bouwen voor de administratie en het beoordelen van dossiers volgens de in de nrs. 363 e.v. en 686 e.v. besproken regels, en een

(1) Zie nrs. 615 e.v.

(2) Zie nr. 611.

terbeschikkingstellen van een deel van de onder de vermelde begrotingsartikelen voorziene middelen van de rechtbank van koophandel voor het aanstellen van deskundigen voor het volgen van de door de depistagedienst geopende dossiers;

- ofwel tot een overdragen van een belangrijk deel van de onder de vermelde begrotingsartikelen 60.01 A opgenomen kredieten naar de begroting van het ministerie van justitie, om een kader gekwalificeerd administratief personeel en ongeveer één full-time magistraat, of een aantal consulaire rechters per rechtbank van koophandel te benoemen om in elke rechtbank van koophandel een depistagedienst uit te bouwen die ook zonder telkens een beroep op deskundigen te doen de door haar overeenkomstig de in de nrs. 363 e.v. en 686 e.v. besproken regels geopende dossiers kan volgen (1).

(1) Wanneer aangenomen wordt dat in een zeer grote rechtbank ongeveer twee gekwalificeerde bedienden zouden volstaan om een behoorlijke infrastructuur voor de depistagediensten uit te bouwen (zie nr. 685), volstaat één bediende zeker voor de rechtbanken die niet in de hoofdplaats van een rechtsgebied gelegen zijn, of voor alle rechtbanken van koophandel buiten deze te Antwerpen en Brussel een duidelijk groter aantal kamers tellen. (Inzake het aantal uitgesproken faillissementen lagen de verhoudingen in 1972 evenwel anders: in Antwerpen, Brussel en Charleroi werden meer dan 550 faillissementen uitgesproken, in Luik 410, en dan volgt Gent met slechts 287; zie Gerechtelijke Statistieken, 1977/2, p. 21.) Wanneer de bruto-kostprijs per jaar + 750.000 B.F. per bediende geraamd wordt, kost dit kader 23.250.000 B.F. of 21.000.000 B.F. Wanneer daarnaast middelen worden overgedragen voor het aanstellen van consulaire rechters voor een vóór- en namiddag zitting van één consulaire rechter per dag in de rechtbanken waaraan één bediende wordt toegevoegd, en twee consulaire rechters per dag in de rechtbanken waaraan twee bedienden worden toegevoegd, bedraagt de bijkomende overdracht van kredieten naar de begroting van het ministerie van justitie: 7.750.000 B.F. of 7.000.000 B.F. Indien men bijkomende full-time magistraten benoemt bedraagt de kostprijs van deze hervorming daarentegen + 31 of 28 miljoen. Vermits de helft van de 26 rechtbanken van koophandel slechts één kamer tellen, zou het toevoegen van één full-time magistraat, of consulaire rechters voor 10 zittingen per week, een zeer belangrijk versterken van het personeelskader betekenen. Wanneer de infrastructuur van de diensten al uitgebreid wordt door het gekwalificeerd administratief kader, verdient daarom de formule waarbij meer beroep gedaan wordt op deskundigen wellicht voorkeur. Zelfs wanneer daartoe eenzelfde bedrag gereserveerd wordt als nodig is voor het benoemen van full-time magistraten, betekent .../...

§ 2. Opsporing en onderzoek van bankbreuk

692. Eenvoudige en bedrieglijke bankbreuk zijn misdrijven omschreven en strafbaar gesteld in art. 438 en 573 e.v. W.v.K. en 489 e.v. S.W.B. De strafvordering verloopt in principe onafhankelijk van procedures voor de rechtbank van koophandel, en de strafrechter is dus niet gebonden door het uitspreken van een faillissement door deze rechtbank, zelfs al is de staat van faillissement een van de elementen in de delictomschrijving van eenvoudige en bedrieglijke bankbreuk (1). Het parket kan daarom volledig onafhankelijk van de rechtbank van koophandel een onderzoek instellen om ondernemingen op het spoor te komen waarvan de ondernemingsleiding zich wellicht schuldig maakt aan bankbreuk. Het kan daartoe o.m. ondernemingen opsporen waarvan het krediet wankelt en die hun betalingen staken of dreigen te staken.

693. Volgens Mewissen (2) begint een onderzoek naar bankbreuk evenwel meestal met een verzoek om inlichtingen van de procureur aan de curator van een faillissement of een systematisch onderzoek van de door de rechtbank van koophandel uitgesproken faillissementen. Het onderzoek van het parket kan in deze gevallen niet bijdragen tot het opsporen van ondernemingen in moeilijkheden. Het onderzoek kan dit uiteraard evenmin indien het wordt geopend op verzoek van de curator.

(1) ./.. dit slechts een reserveren van 31 miljoen B.F., terwijl het totaal van de onder begrotingsartikel 60.01 A voor 1977 op de begroting van het ministerie van economische zaken en middenstand opgenomen kredieten na aftrek van het bedrag dat nodig is om het administratief kader uit te bouwen, 1.623.391.112 B.F. bedraagt.

(1) Zie art. 15 voorafgaande titel SWB; Cass., 1 oktober 1880, Pas. 1880, I, 292; Cass., 4 februari 1957, Pas. 1957, I, 661; en inzake het ontbreken van kracht van gewijsde van het uitspreken van een faillissement door de rechtbank van koophandel voor de strafrechter: Cass., 19 januari 1937, Pas. 1937, I, 20; zie hierover ook: L. FREDERICQ, o.c., II, p. 827 e.v., nrs. 1948 e.v.; L. MEWISSEN, o.c., p. 23 e.v., nr. 56 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., VI, p. 387 e.v., nrs. 2878 e.v.

(2) Zie L. MEWISSEN, o.c., p. 24 e.v., nrs. 59 e.v.

694. Anders ligt dit al wanneer het onderzoek geopend wordt naar aanleiding van een klacht van een schuldeiser. Het is denkbaar dat een schuldeiser eerder klacht neerlegt bij het parket dan bij de rechtbank van koophandel om het uitspreken van een faillissement te verzoeken (1). Men kan ook in dit geval niet stellen dat deze moeilijkheden onderzocht worden omdat het parket hen opspoorde, vermits het optrad op verzoek van een van de betrokken partijen.

695. Het parket daarentegen brengt wél als autonoom opsporingsorganisme moeilijkheden aan het licht indien het bij het onderzoek naar andere misdrijven gegevens verneemt die er op wijzen dat een handelaar zijn betalingen staakt en dat zijn krediet wankelt (2). Soms kunnen deze gegevens bekend worden bij het onderzoek naar bepaalde wel omschreven misdrijven. Zij kunnen soms ook worden vastgesteld bij een algemeen routine onderzoek. In dit verband is het vooral belangrijk dat parketten systematisch de jaarrekeningen of andere gepubliceerde stukken van vennootschappen onderzoeken (3). Waar informatie, bijv. inzake laattijdig neergelegde jaarrekeningen, meegedeeld wordt, aan de rechtbank van koophandel, wordt zij tot de belangrijke informatiebronnen van de depistagedienst gerekend (4). Volgens Mewissen worden deze gegevens aangevuld met inlichtingen die verkregen worden op de griffie van de rechtbank van koophandel, zoals een lijst van de geprotesteerde wisselbrieven en de ingeleide vorderingen of uitgesproken vonnissen.

(1) Zie o.a. L. MEWISSEN, o.c., p. 25, nr. 61; er zijn geen globale gegevens bekend over de frekwentie van deze procedures.

(2) Zie bijv. L. MEWISSEN, o.c., p. 25, nr. 62.

(3) Zie L. MEWISSEN, o.c., p. 25 e.v., nr. 63.

(4) Zie nr. 341.

Vermits deze werkwijze een grote gelijkenis vertoont met de werkwijze van de depistagediensten, moet hier zeker de vraag worden gesteld in hoeverre een coördinatie van beide diensten zich niet opdringt om dubbel werk te vermijden, en een efficiënter verwerken van de verzamelde gegevens mogelijk te maken.

695. Terloops kan hier al worden opgemerkt dat een initiatief van het parket normaal leidt tot een procedure voor de strafrechter, en dat een opsporing door het parket de behandeling van het dossier dus een heel andere wending kan geven indien het besloten wordt tot seponeren.

§ 3. Het ministerie van economische zaken

696. Op het ministerie van economische zaken werd in 1967 een dienst 'Ondernemingen in moeilijkheden' opgericht die administratief deel uitmaakte van de directie 'Metaalverwerkende nijverheid'. Deze dienst werd in 1971 opgeheven. Eerder werd in 1969 de overeenkomst tussen de Staat en de N.M.K.N. over de steun aan ondernemingen in moeilijkheden in september 1969 opgezegd (1). De regering heeft trouwens aan het parlement toegezegd geen steun meer te verlenen op basis van een dergelijke overeenkomst. Deze regeling geldt nog altijd en houdt in dat het ministerie ingediende dossiers onderzoekt, en niet zelf ondernemingen opspoort die in aanmerking komen voor het verlenen van overheidssteun.

697. Om aan de economische moeilijkheden in 1974/1975 het hoofd te bieden werd op het departement voor Vlaamse Streekeconomie besloten een zgn. dienst van de knipperlichten - centrale meldingsdienst te installeren. De dienst werkt in de directie voor de nijverheid. Deze dienst bestaat nu voor het hele grondgebied bij het bestuur van het ministerie van economische zaken (2). In feite werkt deze dienst niet als een dienst voor de opsporing van ondernemingen in de strikte betekenis van de term, omdat zij zelf geen ondernemingen in moeilijkheden opspoort. Zij opent alleen een dossier op verzoek van de onderneming in moeilijkheden zelf. Omdat de

(1) Zie brief van 31 mei 1972 van de Ministeries van economische zaken en financiën, Parl. Doc. Senaat, zitt. 1971-72, nr. 471.

(2) Bulletin Vragen en Antwoorden, Kamer, 6 januari 1976, vraag nr. 2 van de heer Vandamme.

dienst evenwel werkt in de context van de overheidssteun aan bedrijven in moeilijkheden, bestaat er een sterke aansporing voor deze bedrijven om zich tot de dienst te wenden. Alleen ondernemingen met ten minste vijftig werknemers kunnen zich tot de dienst richten. Bij het voorbereiden van de oprichting werd wel gedacht aan een samenwerking met de depistagediensten van de rechtbank van koophandel. Het ministerie van justitie was evenwel van oordeel dat gegevens van de depistagediensten niet meegedeeld kunnen worden aan het departement zonder de instemming van alle betrokken ondernemingen. Wanneer het dossier, dat opgesteld wordt aan de hand van de vragenlijsten die toegestuurd worden aan ondernemingen die zich tot de dienst richten, geen bijzondere moeilijkheden inhoudt, wordt het onmiddellijk overgemaakt aan het kabinet van de bevoegde staatssecretaris voor streekeconomie, waar beslist wordt over het toekennen van de steun. Meer complexe dossiers worden eerst voor advies voorgelegd aan een Vaste Commissie voor onderzoek van de structuur van de ondernemingen. Deze commissie is samengesteld uit de daartoe aangewezen leden van ministeriële kabinetten, openbare diensten, instellingen, of instellingen van openbaar nut (1).

698. Het was zeker wenselijk het toekennen van steun aan bedrijven in moeilijkheden beter te organiseren. Het kan nochtans worden betreurd dat deze steunverlening niet verder werd geïntegreerd in het geheel van de juridische omkadering van deze bedrijven. De bezwaren van het ministerie van justitie tegen een onbeperkt doorgeven van gegevens door de rechtbank van koophandel aan het departement, kunnen worden begrepen. Het lijkt evenwel niet nodig de dossiers van de depistagediensten zelf door te geven. Op grond van de in nrs. 363 e.v. geformuleerde voorstellen, zouden deze dossiers alleen van het voor iedereen toegankelijke vennootschapsdossier verschillen door het ontbreken

(1) B. MICHAUX, Prévenir ou organiser la disparition d'entreprises, rapport voor de studiedag die door het C.R.I.D.E. te Louvain-la-Neuve werd ingericht over het beheer met bijstand op 22 december 1976, p. 48 e.v. Zie M.B. 27 februari 1975, B.S. 11 maart 1975.

van dagvaardingen en verzoeken tot het leggen van beslag. Het kan daarom volstaan dat de rechtbank het departement meedeelt wanneer er een dossier wordt geopend. Hiertoe kan gemakkelijk de toestemming van de betrokkene worden gevraagd. Een dergelijke regeling helpt bovendien het doorgeven van dossiers en andere administratieve formaliteiten tot een minimum te beperken. Naast het doorgeven van informatie door de rechtbank aan het departement, kan ook het ter beschikking stellen van gegevens waarover het departement beschikt, worden overwogen. Zoals bij een onderzoek door de depistagediensten dient immers ook hier te worden nagestreefd dat de gegevens waarop geoordeeld wordt zoveel mogelijk ter beschikking gesteld worden, zonder nodeloze ruchtbaarheid te geven aan het onderzoek. De specifieke rechtsbeschermingsvragen van de steunverlening zijn in de nrs. 593 e.v. behandeld. Tegenover de rechtbank van koophandel lijkt er nochtans geen bezwaar te bestaan tegen een meedelen van een verzoek tot steunverlening aan de minister van economische zaken, de dienst 'knipperlichten' of de andere staatssecretariaten voor streekeconomie, en zelfs van alle gegevens die hiertoe aan het bevoegde departement worden meegedeeld, op voorwaarde dat het publiek weet dat deze gegevens meegedeeld worden. Idealiter dient het verlenen van steun afhankelijk te worden gesteld van de in de nrs. 690 en 691 voorgestelde begeleiding door de depistagediensten.

§ 4. Besluit

699. Samenvattend kan worden besloten dat op tal van plaatsen interessante initiatieven zijn genomen voor het opsporen van ondernemingen in moeilijkheden, maar dat een systematische aanpak ontbreekt. De bestaande middelen kunnen nochtans alleen al door een organisatie van hun informatie-uitwisseling in hoge mate worden gesystematiseerd. Het convergentiepunt in de rechtsbeschermingsvragen in het faillissementsrecht is de rechtbank van koophandel, die belast is met de toepassing van de faillissementswet. Het lijkt daarom aangewezen de depistagediensten bij deze rechtbank als hoeksteen te nemen bij het uitbouwen van de opsporing van bedrijven in moeilijkheden. Dit veronderstelt

op de eerste plaats dat de informatie van deze diensten wordt georganiseerd. Hiervoor kan terugverwezen worden naar de suggesties in de nrs. 363 e.v. Aan de daar besproken informatiebronnen kan nog toegevoegd worden dat het wenselijk lijkt dat het parket en de diensten van het ministerie van economische zaken of het staatssecretariaat voor streekeconomie, aan de depistagediensten meedelen wanneer door hen over een onderneming een dossier wordt aangelegd. Omdat de rechtbank van alle betrokken instanties met het beschermen van het evenwicht tussen de grootste waaier belangen is belast, en door een strikte discretieplicht is gehouden, kunnen ook de confidentiële gegevens in het belang van zo veel mogelijk betrokkenen worden benut. Een concentratie van gegevens bij de depistagediensten maakt daarom een zo efficiënt mogelijk gebruiken van de beschikbare inlichtingen mogelijk. Door het concentreren van de opsporing van bedrijven in moeilijkheden bij de depistagediensten, en van de algemeen toegankelijke gegevens in het vennootschapsdossier of handelsregister op de griffie van de rechtbank van koop-handel, wordt de organisatie van de informatiebronnen en informatie verwerking zo overzichtelijk mogelijk gehouden. Voor suggesties inzake de organisatie van deze depistagediensten, kan terug verwezen worden naar de nrs. 690 e.v., en voor de rol die zij bij de steunverlening kunnen vervullen naar nr. 698.

Afdeling III. Faillissementsrechtelijke procedures

700. De procedures die daarbij in het Belgisch faillissementsrecht onderzocht kunnen worden zijn:

- het uitstel van betalingen;
- het faillissement en de bankbreuk;
- het gerechtelijk akkoord,
- het beheer met bijstand.

701. Het uitstel van betalingen zal evenwel niet afzonderlijk worden bestudeerd omdat het de rechter alleen toelaat aan de nog solvabele debiteur, die wegens buitengewone en onvoorzien omstandigheden zijn betalingen moet schorsen, op diens verzoek en met instemming van de meerderheid van

de schuldeisers die 3/4 van de schuldvorderingen vertegenwoordigen (1) alleen uitstel van betaling toe te kennen. Op deze procedure wordt trouwens haast nooit meer beroep gedaan (2). Dit is niet verwonderlijk omdat de instemming van een groot aantal schuldeisers vereist is, en indien aan die voorwaarde is voldaan, ook informeel uitstel kan worden bedongen (3). Bovendien is het alom bekend dat in België, in tegenstelling tot in Nederland, de rechter in 'bilaterale' geschillen relatief gemakkelijk uitstel van betaling toestaat. Beide mogelijkheden laten een veel vlottere rechtsbedeling toe dan de zeer logge procedure van de art. 594 e.v. W.v.K. waarbij het Hof het uitstel toestaat op advies van de rechtbank van koop-handel (4). Ook indien deze houding zou veranderen, wat niet uitgesloten moet worden geacht, is het nog onwaarschijnlijk dat het toepassingsgebied van de procedure van uitstel van betaling ruimer zal worden dan het aantal gevallen waarin de rechter bereid gevonden kan worden uitstel toe te staan. Eén van de voorwaarden, de solvabiliteit, en de strekking van de regeling inzake uitstel van betaling, nl. de mogelijkheid om de onderneming verder te zetten, zullen immers criteria zijn die wellicht ook door de rechter zullen worden weerhouden. Wel dient nochtans vermeld te worden dat de rechtbank deskundigen dient aan te stellen om de bedrijfseconomische positie van de schuldenaar te onderzoeken (5), en dat het Hof commissarissen aanstelt die tijdens de duur van het uitstel belast blijven met het toezicht op de verrichtingen van de debiteur (6).

(1) Art. 593 en 599 W.v.K. waarin enkele beperkingen aan de vereiste meerderheid worden aangebracht ten nadele van niet verschijnende buitenlandse en bepaalde bevoorrechte schuldeisers of schuldvorderingen.

(2) Zie A. CLOQUET, Novelles, nr. 576 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 126 e.v., en J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 447, nr. 2975, waaruit blijkt dat deze procedure in de periode 1948-1968 maar driemaal werd toegepast. In de periode 1968-1972 werd zij evenwel vijftig maal toegepast. Zie Gerechtelijke Statistieken, 1977/2, p. 30.

(3) Zie over de voor- en nadelen van een informeel akkoord o.a. A. CLOQUET, Novelles, nrs. 576 e.v.

(4) Zie hiervoor ook A. CLOQUET, Novelles, nrs. 560 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 875 e.v., nrs. 2020 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 447, nr. 2975.

(5) Art. 595 W.v.K.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 878, nr. 2029.

(6) Art. 600 en 603 W.v.K. en L. FREDERICQ, o.c., II, p. 885, nr. 2038. Zie ook suggesties in nr. 698.

702. Om aan de in de nrs. 674 e.v. vermelde behoeften te beantwoorden dient onderzocht te worden of
- het toepassingsgebied van deze procedures aan de vermelde vereisten voldoet;
 - deze procedures een collectief karakter hebben;
 - toelaten de noodzakelijke maatregelen te treffen;
 - en daarbij soms toelaten een onderneming te saneren zonder de instemming van de schuldeisers.

§ 1. Het toepassingsgebied van het faillissement en het gerechtelijk akkoord

703. Om aan de hier besproken rechtsbeschermingsbehoeften te beantwoorden, dient een beroep op een faillissementsrechtelijke procedure mogelijk te zijn telkens wanneer
1. sommige schuldeisers en/of de onderneming aandringen op een verderzetten van de kredietverlening, maar anderen weigeren nog verder krediet te verlenen;
 2. sommige schuldeisers aandringen op een stopzetten van de kredietverlening, maar onvoldoende invbed op de ondernemingsactiviteit hebben om door zelf de kredietverlening stop te zetten het faillissement van de onderneming te provoceren, en anderen krediet blijven verlenen;
 3. sommige aandeelhouders van oordeel zijn dat een faillissement onafwendbaar is geworden en het om de gevolgen ervan te beperken zo snel mogelijk willen aanvragen, maar de ondernemingsleiding zich hier gesteund door de meerderheid tegen blijft verzetten, en de onderneming nog krediet kan verkrijgen;
 4. de ondernemingsleiding van oordeel is dat een faillissement onafwandbaar is, en daarom ofwel in liquidatie wil gaan, ofwel het faillissement of gerechtelijk akkoord wil aanvragen, maar de werknemers er zich tegen blijven verzetten, en de schuldeisers het nog niet afdwingen.

A. Het faillissement

704. De toepassingsvoorwaarden van het faillissement werden eerder al kort besproken in de nrs. 561 e.v. Hieruit kan worden afgeleid dat er op het faillissement beroep kan worden gedaan in de gevallen vermeld in nr. 703/1.

705. Om in alle onder nr. 703/2 vermelde gevallen een faillissement uit te kunnen spreken, werd in nr. 563 voorgesteld naast het staken van betalingen en wankelen van het krediet, ook de insolvabiliteit expliciet te vermelden, waardoor een faillissement uitgesproken zou kunnen worden wanneer een onderneming ofwel zijn betalingen gestaakt heeft en haar krediet wankelt, ofwel insolvabel is geworden. Daar-

bij kan worden overwogen om de verplichting om een onderneming ambtshalve failliet te verklaren alleen te handhaven wanneer een onderneming insolvabel is. Alleen dan worden de rechten van de schuldeisers immers onherroepelijk gecompromiteerd. Bovendien verdient het aanbeveling om het onderscheid tussen de voorwaarden van het staken van betalingen en wankelen van krediet op te heffen wegens de talrijke betwistingen waartoe dit onderscheid aanleiding geeft. Het zou volstaan alleen het staken van betalingen te weerhouden (1). Deze suggesties volstaan om tegemoet te komen aan de rechtsbeschermingsbehoefte in al de onder nr. 703/3 en 703/4 vermelde gevallen waarin de rechter in de in de nrs. 427 e.v. en 509 e.v. besproken procedures onvoldoende rekening kan houden met de belangen van alle betrokkenen (2).

B. Het gerechtelijk akkoord

706. Het gerechtelijk akkoord wordt opgevat als gunst die kan worden verleend aan een schuldenaar waarvan de financiële situatie gekenmerkt wordt door de voorwaarden die aanwezig dienen te zijn voor het uitspreken van een faillissement. De schuldenaar dient daartoe "ongelukkig en te goeder trouw" te zijn (3), en dienen schuldeisers die ten minste 2/3 van alle verschuldigde bedragen vertegenwoordigen, het door de schuldenaar ingediende voorstel te aanvaarden (4). Er kan daarom niet in alle situaties waar het

(1) Bij een steekproef uit uitspraken van de Rb. v. Kph. te Brussel, bleek in 13,5% van de bestudeerde gevallen de faillietverklarde onderneming insolvabel te zijn. Zie I. VERGUGSTRAETE, Niet-betaling en wankelen van krediet, B.R.H. 1975, II-460.

(2) In nr. 506 werd immers een procedure gesuggereerd om de rechter de gelegenheid te bieden om in een procedure tussen aandeelhouders en de vennootschap, of de vennootschap en leden van haar organen, rekening te houden met de belangen van de werknemers, terwijl in een procedure ingezet door de werknemers altijd de onderneming gehoord wordt vermits deze vorderingen tegen de onderneming moeten worden ingezet. Zie inzake de schuldeisers, nrs. 594 e.v.

(3) Art. 2 K.B. 25 september 1946.

(4) idem; zie voor de toepassingsvoorwaarden van het gerechtelijk akkoord: A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 39 e.v.; idem, Novelles, nrs. 606 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 200 e.v., nrs. 2053 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht .../...

inzetten van een collectieve procedure wenselijk lijkt, beroep worden gedaan op het gerechtelijk akkoord. De mate waarin dit de rechtsbescherming schaadt, is eigenlijk afhankelijk van de mate waarin het faillissement niet volledig aan alle eisen kan voldoen. De weerslag van deze beperking wordt daarom verder besproken na de bespreking van het faillissement (1). Ter illustratie kan tenslotte worden vermeld dat in 1972 108 gerechtelijke akkoorden werden gehomologeerd, 72 niet gehomologeerd werden, en 57 aanvragen in beraad werden gehouden (2).

§ 2. Het collectief karakter van het faillissement en het gerechtelijk akkoord

A. Wanneer is een procedure collectief

707. Met het collectief karakter van een faillissementsrechtelijke procedure wordt hier bedoeld dat alle betrokkenen inspraak dienen te hebben over het verloop van de procedure (3). Voor een opsomming van de betrokkenen kan terug verwezen worden naar nrs. 112 e.v.: de schuldenaar, waarbij de bedrijfsleiding, de werknemers en de aandeelhouders kunnen worden onderscheiden, de schuldeisers, en het algemeen belang. Een procedure kan zeker collectief worden genoemd wanneer een oplossing alleen met instemming

(4) ./: p. 129 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 406 e.v., nrs. 2903 e.v.

(1) Wel kan er hier worden aan herinnerd dat het, zoals Cloquet eerder al uitvoerig argumenteerde (Idées Nouvelles, p. 40 e.v.) bevreemdend is dat wie zelf om een concordaat verzoekt strenger beoordeeld wordt dan een zelfs wegens eenvoudige bankbreuk veroordeelde schuldenaar die na faillissement of bankbreuk om een akkoord na faillissement verzoekt. Dit bevreemdt nog meer wanneer men er rekening mee houdt dat het akkoord na faillissement wél, en het gerechtelijk akkoord niet bevrijdend werkt (art. 518 W.v.K. en 34 R.B. 25 september 1946) en het gerechtelijk akkoord dus zeker niet als een ongevoel grote gunst kan worden beschouwd.

(2) Gerechtelijke Statistieken, 1977/2, p. 19.

(3) .../...

van een meerderheid in alle betrokken groepen kan worden gekozen. Omdat de belangen van deze groepen vóór de insolventieit dikwijls, en na de insolventieit van de schuldenaar altijd tegenstrijdig zijn, is een zo hoge mate van eensgezindheid zelden mogelijk. Het is ook moeilijk om aan een meerderheid van de groepen beslissingsbevoegdheid te geven. Enerzijds kan men stellen dat er alleen sprake is van schuldeisers, schuldenaars en het algemeen belang. Het aanvaarden van een meerderheidsregel leidt volgens die opvatting in de praktijk tot het geven van een vetorecht aan één van beide partijen, of het geven van een arbitrage bevoegdheid aan wie belast is met het behartigen van het algemeen belang. Anderzijds is het bijzonder moeilijk een meerderheidsregeling in te voeren wanneer de aandeelhouders, werknemers en eventueel ook de bedrijfsleiding als afzonderlijke groepen worden beschouwd, zonder een wegen van de belangen van deze betrokkenen onmogelijk te maken. Het belang van de werknemers, bijgetreden doorwie belast is met het behartigen van het algemeen belang, kan immers wel zwaarder moeten doorwegen dan het belang van de aandeelhouders, de bedrijfsleiding en schuldeisers samen. Omgekeerd is het even moeilijk om bij het uitwerken van een besluitvormingsprocedure voor een collectieve faillissementsrechtelijke procedure in deze fase een "gewogen" medebeslissingsbevoegdheid aan de diverse partijen toe te kennen. Wanneer een voorafbepaalde vaste besluitvormingsregel niet mogelijk blijkt, is het onvermijdbaar ook procedures waarin aan één instantie de bevoegdheid wordt verleend om belangenconflicten te beslechten, tot de collectieve procedures te rekenen. Daarbij geldt evenwel als voorwaarde dat deze instantie de opdracht heeft om bij het nemen van een beslissing de belangen van alle betrokkenen in aanmerking te nemen.

(3) Deze omschrijving wijkt, zoals verder zal blijken, af van de gebruikelijke. Zie hierover o.a.: L. FREDERICQ, o.c., III, p. 429, nr. 5495; R. RODIERE, o.c., p. 233, nr. 235; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 199, nr. 2624, waarbij vooral de klemtoon wordt gelegd op de deelname van alle schuldeisers aan een procedure.

B. Het faillissement

708. Geschematiseerd nemen de rechtbank van koophandel of de rechter-commissaris de volgende ingrijpende beslissingen (1), waarbij telkens wordt vermeld over welke beleidsmarge hij beschikt, en met welke belangengroepen hij rekening kan houden:

1. het al dan niet uitspreken van een faillissement: de beleidsmarge voor de rechtbank is zo niet altijd in feite, dan toch in ieder geval in rechte, uitermate klein, vermits de rechter verplicht is om een faillissement uit te spreken zodra er aan de eerder besproken voorwaarden daartoe is voldaan (2); de rechter kan dan ook geen rekening houden met de belangen van de bij de onderneming betrokken groepen;

2. het bepalen van de datum waarop de verdachte periode ingaat: de rechtbank is hierbij door dezelfde criteria gebonden en deze datum kan het uitspreken van het faillissement niet langer dan zes maanden voorafgaan (3);

3. het aanstellen van de curator (4);

4. het al dan niet toestaan aan de curator om de bedrijfsactiviteit verder te zetten: op dit, ongetwijfeld belangrijk punt, beschikt de rechtbank over een ruime appreciatiebevoegdheid, en kan zij met de belangen van alle betrokkenen rekening houden, vermits het volstaat dat de debiteur een akkoord aanhangt om ook met andere belangen dan deze van de schuldeisers rekening te kunnen houden (5);

(1) Zie voor een volledig overzicht terzake: A. CLOQUET, Novelles, o.c., nr. 2144.

(2) Art. 437 en 442 W.v.K.

(3) Art. 442 W.v.K.; A. CLOQUET, Novelles, nr. 295 en 454; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 460 e.v., nrs. 1537 en J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 266, nr. 2715, waar sterker de nadruk wordt gelegd op de soevereine beoordeling door de rechter van de niet altijd duidelijke feiten en de verruiming van de beleidsmarge die daaruit volgt.

(4) Art. 455 e.v. en 466 W.v.K.

(5) Zie art. 475 W.v.K.; A. CLOQUET, Novelles, nrs. 2248 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 595, nr. 1676; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 346, nr. 2807. Deze bevoegdheid .../...

5. het al dan niet machtigen van de curator tot het ter beschikking stellen van sommige activa of het uitkeren van een onderhoudsgeld aan de gefailleerde en zijn gezin: de rechter beschikt hier over een ruime maar toch strikt doelgebonden appreciatiebevoegdheid, om de vitale belangen van de gefailleerde en zijn gezin te beschermen in al die gevallen waar het uitspreken van een faillissement leidt tot een overdreven beklemtonen van het belang van de schuldeisers (1);

6. het al dan niet aanvaarden van schuldvorderingen: de rechter is hier gebonden door de regels die de schuldvordering beheersen (2);

7. het al dan niet verdagen van de verkoop van goederen waarop vóór het uitspreken van het faillissement beslag werd gelegd, en waarvan de verkoop normaal doorgaat voor rekening van de massa (3); de rechter beschikt in dit geval over een ruime appreciatiebevoegdheid waarbij hij met de belangen van alle betrokkenen rekening kan houden;

8. het al dan niet homologeren van een akkoord na faillissement: de rechter kan met de belangen van alle betrokkenen rekening houden maar omdat hij alleen een 'vetorecht' heeft, en nooit zelf een afwikkelingsregeling kan bepalen, is zijn appreciatiemarge eigenlijk heel klein (4).

709. Het openbaar ministerie dient ingelicht te worden over het uitspreken van een faillissement (5) en kan alle verrichtingen bijwonen, alle stukken inzien, en de curator om alle inlichtingen verzoeken die nuttig geacht worden (6). Het openbaar ministerie kan daarbij evenwel alleen onderzoeken of er al dan niet strafbare handelingen werden verricht (7).

(5) ./.. wordt wel aan de rechter onttrokken vanaf de vergadering van de schuldeisers (A. CLOQUET, Novelles, p. 600, nr. 1714; L. FREDERICO, o.c., II, p. 596, nr. 1676; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 46, nr. 2807, vermelden deze beperking niet).

(1) Zie hierover art. 476 W.v.K.; A. CLOQUET, Novelles, p. 421, nr. 1089; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 254, nr. 2698.

(2) Zie hierover B. van de WALLE de GHELCKE en J. STEENBERGEN, R.W. 1975-1976, 939 e.v.

1) ten aanzien van de onderneming-debiteur

710. De onderneming in moeilijkheden of gefailleerde neemt een bijzondere plaats in het faillissement in. Wanneer men de gefailleerde als een homogene partij in de procedure beschouwt, is het faillissement eigenlijk het antwoord van de schuldeisers (en hen die belast zijn met het behartigen van het algemeen belang) op het beleid van de debiteur. De gefailleerde kan in die optiek de procedure vooral beïnvloeden door haar te vermijden, ofwel door een succesvoller beleid te voeren, ofwel door tijdig de ondernemingsactiviteit te beëindigen. Kan de onderneming de 'staat van faillissement' niet vermijden, dan dient zij daar de gevolgen van te dragen: in casu het onttrekken van het beleid van de onderneming aan de ondernemingsleiding door de rechter. Daarbij wordt eigenlijk het beleid van de onderneming aan de groep van de schuldeisers overgedragen, waarbij de rechtbank, rechter-commissaris en curator er alleen nog op toezien dat de gelijkheid van de schuldeisers wordt gerespecteerd, en de belangen van de gefailleerde niet meer worden geschaad dan nodig is ter voldoening van de rechtmatige vorderingen van de schuldeisers. Voor een behoorlijke bescherming van de belangen van de gefailleerde volstaat in deze optiek dat aan een aantal voorwaarden is voldaan.

- a) de gefailleerde dient gehoord te worden bij het uitspreken van een faillissement

711. Hieraan voldoet de faillissementsregeling door de verzetsprocedure die georganiseerd is in art. 473 W.v.K., waaruit volgt dat de gefailleerde verzet kan aantekenen tegen

(3) Art. 453 W.v.K.

(4) Zie over deze bevoegdheid L. FREDERICQ, o.c., II, p. 640 e.v., nr. 1730; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 370, nr. 2850.

(5) Art. 469 W.v.K.

(6) Art. 464 W.v.K.

(7) Zie over de rol van het openbaar ministerie: A. CLOQUET, Novelles, nrs. 2126 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 575, nr. 1652; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., III, p. 252, nr. 2694.

elke uitspraak van een faillissement waarbij hij niet werd gedagvaard, zelfs al werd hij eerder door de rechtbank gehoord (1). Of ook verzet kan aangetekend worden tegen het uitspreken van een faillissement bij verstek maar na dagvaarding van de gefailleerde, werd betwist maar wordt overwegend bevestigd (2).

712. Bovendien kan de gefailleerde verzet of beroep aantekenen wanneer hij van oordeel is dat een faillissement ten onrechte werd uitgesproken (3).

b) de gefailleerde dient zelf voorstellen te kunnen formuleren voor het afwickelen van de procedure

713. Aan deze voorwaarde is voldaan wanneer de gefailleerde een akkoord na faillissement kan verkrijgen, vermits hij in dat geval zelf voorstellen kan formuleren (4). De gefailleerde kan alleen geen akkoord verkrijgen, ongeacht het standpunt van de schuldeisers en de rechtbank, wanneer hij al veroordeeld werd wegens bedrieglijke bankbreuk of hiervoor wordt vervolgd (5). Zoals verder zal worden besproken kan dit worden betreurd, omdat ook werknemers en zelfs schuldeisers zo het slachtoffer kunnen worden van wat bedoeld is als een sanctie voor de ondernemer. In de optiek van het doortrekken van het onderscheid tussen

(1) Zie A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1211 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 452 e.v., nrs. 1524 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 221 e.v., nrs. 2658 e.v.

(2) Zie het arrest waarin de hypothese besproken is dat de gefailleerde gehoord werd: Cass., 25 september 1941, Pas. 1941, I, 358, en verder uitvoerig: A. CLOQUET, Novelles, p. 944, nrs. 942 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 454 e.v., nr. 1525 A; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 223, nr. 2659.

(3) Zie art. 473 W.v.K.; A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1241 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 457 e.v., nrs. 1528 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 229 e.v., nrs. 2658 e.v.

(4) Art. 509, 511, 512 W.v.K. Zie hierover A. CLOQUET, Novelles, p. 2417 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, .../...

de ondernemer en de onderneming verdient het daarom aanbeveling de beperking van art. 514 W.v.K. te schrappen. In alle andere gevallen is daarentegen ruimte voor een gesprek tussen gefailleerde, schuldeisers en rechtbank. Een interessante ontwikkeling betreft ook de vraag of een gefailleerde nieuwe voorstellen kan doen, wanneer de eerste door de schuldeisers werden verworpen, of niet gehomologeerd werden door de rechtbank. Het verwerpen van het voorstel van de gefailleerde maakt elk akkoord onmogelijk. Op de vergadering van de schuldeisers kan de gefailleerde evenwel onderhandelen over de inhoud van een eventueel akkoord, zolang er geen stemming heeft plaats gehad (1). De rechter-commissaris kan dan zelfs eventueel de vergadering schorsen (2). De rechter-commissaris kan de beslissing ook nog verdagen wanneer een van beide meerderheden (3) wél en de andere niet is bereikt (4). Wanneer het akkoord volledig werd verworpen, is geen verhaal voor de gefailleerde mogelijk (5). Tegen het weigeren van de homologatie staat een beroep open voor al wie partij was bij het verzoek tot homologatie (6), dus ook de gefailleerde. Aanvankelijk werd

(4) ./.. p. 622 e.v., nrs. 1707 e.v. en vnl. p. 623, nr. 1707, p. 629 e.v., nr. 1715; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 155; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 366, nr. 2842.

(5) Art. 514 W.v.K.

(1) J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 367, nr. 2842.

(2) A. CLOQUET, Novelles, nr. 2423.

(3) Zie art. 512, 2° lid W.v.K.

(4) A. CLOQUET, Novelles, nr. 2424; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 634, nr. 1722.

(5) L. FREDERICQ, o.c., II, p. 633, nr. 1722 en p. 642, nr. 1732; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., II, p. 369, nr. 2848.

(6) A. CLOQUET, Novelles, nr. 2455; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 642, nr. 1732.

een weigering tot homologeren die kracht van gewijsde heeft verkregen, beschouwd als het definitieve einde van een concordatsprocedure (1). Al in 1873 werd evenwel door het Hof van Beroep te Gent aanvaard dat de gefailleerde nieuwe voorstellen kan doen aan de vergadering van de schuldeisers wanneer de homologatie werd geweigerd wegens vormgebreken of redenen die vreemd zijn aan de gefailleerde (2). Nog verder dan deze nog niet algemeen aanvaarde stelling (3), gaat de uitspraak van de rechtbank van koophandel te Charleroi die stelt dat de rechtbank soeverein oordeelt over de vraag of de gefailleerde kan worden toegestaan nieuwe voorstellen te formuleren aan de schuldeisers (4). De rechtbank stond zulks toe in een geval waar een nieuwe vergadering van de schuldeisers, de schuldeisers naar het oordeel van de rechtbank niet benadelen zou door een vertraging in de afwikkeling van het faillissement. Deze evolutie is gelukkig op voorwaarde dat telkens wordt onderzocht of een nieuwe vergadering de schuldeisers geen schade zou berokkenen. De evolutie maakt het de rechtbank dan mogelijk om de homologatie te weigeren in gevallen waar zij een aanwending van de voorstellen wenselijk acht maar gelooft in de mogelijkheid van een akkoord en zelf geen wijziging in het akkoord kan aanbrengen. Nu dient zij ofwel het akkoord definitief te weigeren, ofwel het inclusief de ongewenste bepalingen te homologeren. Het geeft ook een bijkomend verhaal aan de gefailleerde.

(1) L. FREDERICQ, o.c., II, p. 642, nr. 1732; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 371, nr. 2851; zie ook noot onder Rb. v. Kph. Charleroi, 26 maart 1974, B.R.H. 1975, II, 21.

(2) Idem, en Gent, 26 december 1872, Pas. 1873, II, 108.

(3) Zie vooral J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 371, nr. 2851; en ook A. CLOQUET, Novelles, nr. 2499.

(4) Rb. v. Kph. Charleroi, 26 maart 1974, B.R.H. 1975, II, 21.

- c) de gefailleerde mag in zijn belangen niet meer geschaad worden dan noodzakelijk is voor het voldoen van de door hem aangegane verbintenissen

713. Met dit principe wordt in het faillissementsrecht op verschillende wijzen rekening gehouden. Op de eerste plaats is de curator verplicht alles in het werk te stellen om de rechten van de gefailleerde tegenover zijn debiteurs te vrijwaren (1). De procedure voor het aanvaarden van schuldvorderingen helpt zowel in het belang van de gefailleerde als in het belang van de schuldeisers onvoldoende gegronde vorderingen weren. De gefailleerde beschikt evenwel slechts over weinig rechtsmiddelen om het respecteren van deze rechtsmiddelen rechtstreeks af te dwingen. Hij heeft geen vordering op de curator om hem aan te sporen tot bepaalde handelingen (2). Hij kan zich alleen tot de rechtbank - meestal de rechter-commissaris - wenden die belast is met het toezicht op het beheer van de curator (3). Het ware daarbij wenselijk om de verplichtingen van de curator te omschrijven, of duidelijker aan te geven hoe de verplichtingen van de curator tegenover de schuldeisers zich verhouden tot deze tegenover de gefailleerde. Daarbij kan vooral inspiratie gezocht worden bij de regels die gelden inzake misbruik van recht, en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: de curator dient te handelen met een normale zorgvuldigheid, zonder willekeur tegenover de betrokken

(1) Art. 487 W.v.K.

(2) A. CLOQUET, Novelles, nr. 2118; L. FREDERICQ, O.C., II, p. 565, nr. 1642; J. VAN RYN en J. HEENEN, O.C., IV, p. 253, nr. 2697.

(3) Idem. In dit verband kan er ook op gewezen worden dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel bij voorraad uitspraak zou doen in de gevallen die hij spoedeisend acht. Zie art. 584, 2° lid Ger.Wb. en A. FETTWEIS, bevoegdheid, p. 266, nr. 483. Het gerechtelijk wetboek bracht op dit punt een belangrijke verbetering. Vroeger kon alleen de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg bij een versnelde procedure uitspraak doen en hij diende zich daartoe onbevoegd te verklaren wanneer de rechtbank van eerste aanleg niet bevoegd was om het geschil ten gronde te beslechten. .../...

groepen, en dient tussen voor de schuldeisers even gunstige oplossingen, deze te kiezen die de belangen van de gefailleerde het minst schaadt. Eventueel kan zelfs hier aangenomen worden dat indien het voordeel van een regeling voor de schuldeisers in een schuld- en belangenafweging niet opweegt tegen het nadeel voor de debiteur, deze regeling door de curator niet mag worden weerhouden (1). Dat de belangen van de schuldeisers, zonder duidelijke tegenindicaties van algemeen belang, eerder primeren op deze van de gefailleerde, volgt evenwel uit de economie van het faillissement (2). Daarnaast verdient het aanbeveling om aan de gefailleerde een algemeen recht toe te kennen om telkens wanneer hij dit nuttig oordeelt, gehoord te worden door de curator bij de afwikkeling van het faillissement. Soms kan de gefailleerde nu al tussenkomen (3). Samen met een wat nauwkeuriger omschrijving van de opdracht en dus van de aansprakelijkheid van de curator, dient dit recht om gehoord te worden een voldoende rechtsbescherming te verzekeren voor de gefailleerde (4).

(3) ./.. Zie A. FETTWEIS, o.c., p. 265 en L. FREDERICQ, o.c., II, p. 582, nr. 1659. Zie ook voor de procedure bij het afsluiten van een faillissement: A. CLOQUET, Novelles L. FREDERICQ, o.c., II, p. 681 e.v., nrs. 1782 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 385 e.v., nrs. 2872 e.v.

(1) Vergelijk W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 185 e.v. en L.P. SUETENS, T. Best., 1970, p. 379 e.v.

(2) Zie nr. 710.

(3) Zie A. CLOQUET, Novelles, nr. 2118; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 494, nr. 1566; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 253, nr. 2697. De gefailleerde kan bijv. altijd gehoord worden bij de verificatie van de schuldvorderingen (art. 503 W.v.K.), en heeft zelfs een vetorecht inzake dadingen betreffende onroerende goederen vóór de vergadering van de schuldeisers, en blijft bevoegd tot het nemen van bezwarende maatregelen: A. CLOQUET, Novelles, p. 414, nr. 1061 met een opsomming van uitzonderingen; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 253, nr. 2697.

(4) Zie in het algemeen over de rol van de gefailleerde in het faillissement: A. CLOQUET, Novelles, nrs. 2116 e.v.

714. De bevoegdheid van de rechter-commissaris om de curator te machtigen om bepaalde activa of een onderhoudsgeld ter beschikking van de gefailleerde te stellen, verhoogt ongetwijfeld de bescherming die hij geniet. Maar vanuit de in nr. 710 geschetste optiek van het faillissement, kan dit eerder als een gunst worden beschouwd die niet noodzakelijk volgt uit de logica van het faillissement (1).

2) ten aanzien van de aandeelhouders

715. Wanneer binnen de onderneming de werknemers, aandeelhouders en eventueel de bedrijfsleiding, als afzonderlijke groepen worden onderscheiden, ontstaat een minder duidelijk beeld. De verdediging van de belangen van de bedrijfsleiding kan deels met deze van de werknemers, en deels met deze van de aandeelhouders worden behandeld. Alleen werkende beheerders die geen aandeelhouder zijn vormen eigenlijk een aparte groep. Voor de bescherming van de aandeelhouders moet op de eerste plaats terug verwezen worden naar de nrs. 710 e.v. inzake de bescherming van de gefailleerde. De vennootschap wordt in de procedure vertegenwoordigd door de normaal vertegenwoordigingsbevoegde organen. Binnen de vennootschap beschikken de aandeelhouders tegenover de beheerders over de rechten die besproken werden in de nrs. 426 e.v. Daarbij dienen wel enkele opmerkingen te worden gemaakt.

- In sommige gevallen beschikken de aandeelhouders en andere belanghebbenden over een bijkomende bescherming: zo kunnen volgens art. 473 W.v.K. alle belanghebbenden, dus volgens Fredericq ook individuele aandeelhouders, verzet aantekenen tegen een faillissement (2). Fredericq specificeert daarbij niet of de vennoten deze bevoegdheid ook nog hebben wanneer de vennootschap partij was in de procedure

(1) Zie over deze mogelijkheid A. CLOQUET, Novelles, nr. 1349, waarbij vermeld wordt dat deze regeling ingevoerd werd om de gefailleerde ervan te weerhouden activa achter te houden. L. FREDERICQ, o.c., II, p. 476, nr. 1549 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 254, nr. 2698.

(2) Zie hierover A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1211 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 859, nr. 1995; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 222, nr. 2659.

die leidde tot het uitspreken van een faillissement. De rechtspraak beantwoordt deze vraag bij mijn weten evenmin. Het lijkt waarschijnlijk dat een aandeelhouder indien hij alleen in die hoedanigheid verzet wenst aan te tekenen, geacht moet worden al partij geweest te zijn in een procedure waarin ook de vennootschap partij was, vermits voor het dagvaarden van rechtspersonen nooit vereist is alle vennoten te dagvaarden. Ook het trekken van een analogie met de regel die de actio mandati ontzegt aan individuele aandeelhouders leidt tot een negatief beantwoorden van die vraag.

- De aandeelhouders kunnen, zelfs in groep als beslissing van de algemene vergadering, niet langer de actio mandati instellen (1).

3) ten aanzien van de werknemers

716. De problemen inzake de inspraak van de werknemers in een faillissementsprocedure werden eerder behandeld in de nrs. 515 e.v. Op enkele punten kan worden overwogen een grotere invloed aan de werknemers toe te kennen zonder het mechanisme van het faillissement fundamenteel te wijzigen, of vooruit te lopen op een hervorming van de onderneming. Op de eerste plaats kan het Fonds tot vergoeding van de ingeval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers de vertegenwoordiging van de werknemers in een faillissementsprocedure helpen organiseren (2). Om de werknemers ook rechtstreeks, en niet alleen als schuldeisers toe te laten hun positie toe te lichten, verdient het de voorkeur aan een vertegenwoordiger van de werknemers, aangeduid door de werknemersafvaardiging in de ondernemingsraad, of, wanneer er geen ondernemingsraad werd verkozen, door de syndicale afvaardiging, of zo er geen syndicale

(1) Zie hierover: A. CLOQUET, Novelles, nr. 1621.

(2) Zie ook nr. 515 en 741.

afvaardiging in de onderneming is samengesteld, door de vergaderde arbeiders en bedienden, volgens een door deze vergaderingen met een dubbele gewone meerderheid goed te keuren procedure (1), het recht toe te kennen om gehoord te worden bij het nemen van de onder nr. 808/1, 3, 5, 6 en 7 opgesomde beslissingen van de rechter, en om terzake voorstellen te formuleren. Aan deze vertegenwoordiging kan het recht worden toegekend om de vergadering van de schuldeisers bij te wonen met adviserende stem, en daar zelf voorstellen voor een akkoord na faillissement ter bespreking voor te leggen. Het recht voor de werknemers om gehoord te worden wijzigt de verhoudingen in de onderneming niet fundamenteel, en verlegt dus ook de beslissingsbevoegdheid niet in een faillissementsprocedure. Deze opening naar de werknemers biedt evenwel als voordeel dat met deze groep, waarvan het belang in en voor de onderneming wel niet meer wordt betwist (2). Overleg kan worden gepleegd in de procedure. De procedure hoeft dan niet vertraagd te worden omdat op een ander forum door de sociale partners over de toekomst van de onderneming wordt onderhandeld. Vooral bij het voorbereiden en uitvoeren van een akkoord na faillissement dat een gehele of gedeeltelijke reorganisatie van de onderneming voorziet, zal de medewerking van de werknemers trouwens dikwijls een belangrijke voorwaarde tot slagen zijn. Tenslotte kan worden herinnerd aan art. 473 W.v.K. dat alzo geïnterpreteerd kan worden dat ook de werknemers verzet kunnen aantekenen tegen het uitspreken van een faillissement (3). In afwachting van een regeling waarbij de

(1) Vgl. de groepen of vertegenwoordigingen die bevoegd zouden zijn om de voorgestelde werknemersvorderingen in te stellen. Zie nr. 520. Het lijkt evenwel niet wenselijk om aan elke groep van 10 werknemers in ondernemingen zonder ondernemingsraad en syndicale afvaardiging het recht te verlenen om een vertegenwoordiger aan te stellen.

(2) Zie over de zich wijzigende opvattingen over de onderneming o.m. nr. 517.

(3) Zie nr. 715.

werknemers qualitate qua gehoord worden zoals hier wordt verdedigd, kan art. 473 W.v.K. inspireren om ook in andere fasen van de procedure een ruimere plaats toe te kennen aan de werknemers door het aanwenden van bestaande proceduremiddelen. Hierbij moet vooral herinnerd worden aan art. 811 Ger.Wb. inzake de tussenkomst die in elke vorm van rechtspleging, en dus ook in een faillissementsprocedure, mogelijk is. De rechter kan de tussenkomst volgens art. 811 Ger.Wb. niet ambtshalve bevelen. Wanneer de werknemers geen schuldeiser zijn en art. 473 W.v.K. niet van toepassing is, kan ook een beroep op de regels inzake derdenverzet worden overwogen (1). Samen met een meer actieve tussenkomst van de werknemer als schuldeiser, al dan niet vertegenwoordigd door het Fonds, en samenwerking tussen de curator en de werknemers (2), lijkt het in principe mogelijk om ook nu al een betere inspraak van de werknemers te organiseren.

4) ten aanzien van de schuldeisers

717. Uit de algemene opbouw van het faillissement volgt dat de schuldeisers nauw betrokken worden bij het afwikkelen van een faillissementsprocedure: zij kunnen om het faillissement verzoeken, en dienen zich over een voorstel tot akkoord uit te spreken. Traditioneel wordt het faillissement trouwens gedefiniëerd als een collectieve beslagmaatregel ten voordele van de schuldeisers van de debiteur, waarbij met het collectief karakter van de procedure bedoeld wordt dat de maatregel genomen wordt in het belang van al de schuld-

(1) Art. 1122 e.v. Ger.Wb.

(2) Zie nr. 516, eerste voetnoot, inzake België, en nr. 741, laatste voetnoot.

eisers (1). Wat evenwel opvalt is dat de schuldeisers zelf geen akkoord na faillissement kunnen voorstellen, en zelfs hun mogelijkheden om wijzigingen aan de voorstellen van de gefailleerde te bespreken werden betwist (2). Het lijkt wenselijk uitdrukkelijk te stellen dat ook de schuldeisers een akkoord kunnen voorstellen, maar geen akkoord tot stand kan komen zonder de instemming van de gefailleerde. Uit het belang dat schuldeisers kunnen hebben bij een verderwerken van een onderneming, volgt immers dat het onlogisch is om het akkoord alleen te beschouwen als een gunstmaatregel voor de debiteur (3).

5) ten aanzien van het algemeen belang

718. De bevoegdheden van de instanties die belast zijn met het behartigen van het algemeen belang werden al besproken in de nrs. 708, 709, en eerder in de nrs. 593 e.v. inzake overheidssteun aan ondernemingen in moeilijkheden. Ook op dit punt moet worden betreurd dat deze instanties onbevoegd zijn om een akkoord voor te stellen. Het verdient aanbeveling een bepaling in te schrijven waarin de rechter de bevoegdheid krijgt om de curator te machtigen om zelf voorstellen inzake een akkoord te formuleren. Deze bepaling kan een logisch verlengstuk vormen van art. 475 W.v.K.

(1) Zie o.a. W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 135. Zie over de mate waarin de procedure collectief is door een gelijke inbreng van de schuldeisers te verzekeren de opsomming van de punten waarop het uitspreken van een faillissement geen gelijkheid van de schuldeisers waarborgt in het besluit op het vorige hoofdstuk. Zie ook verder de nrs. 740 e.v.

(2) Zie art. 474 en 511 W.v.K., en eerder nr. 713.

(3) Zie verder over de interventiemogelijkheden van de schuldeisers: A. CLOQUET, Novelles, nr. 2123 e.v.

C. Het gerechtelijk akkoord

719. De regeling van het gerechtelijk akkoord verschilt niet ingrijpend van het faillissement inzake het collectief karakter van de procedure. Wanneer aangenomen wordt dat het gerechtelijk akkoord beschouwd dient te worden als een gunst die aan de debiteur op zijn verzoek kan worden verleend (1), is het evenwel logisch dat de rechtbank alleen kan oordelen over het al dan niet toestaan van het akkoord, en de rechter-commissaris noch de werknemers zelf om een gerechtelijk akkoord kunnen verzoeken (2).

§ 3. De aard van de te nemen maatregelen

720. In nr. 677 werd als eerste uitgangspunt voor de beoordeling van de faillissementsrechtelijke procedures gesteld, dat voldoende doortastende maatregelen genomen moeten kunnen worden om de verhouding tussen de schuldeisers ingrijpend te wijzigen. Dit veronderstelt dat het mogelijk is schuldvorderingen te weren of hun bedrag te reduceren. Daarbij dient als voorwaarde te gelden dat zulks alleen kan gebeuren mits de instemming van de schuldeisers (3), of althans zonder hun rechtmatige belangen te schaden, of het belangenevenwicht tussen de schuldeisers te verstoren. Aan die voorwaarden wordt voldaan wanneer niet alleen de gegrondheid van de vorderingen onderzocht wordt volgens de algemene regels inzake de tegenstelbaarheid van vorderingen, maar bovendien kan worden beoordeeld in welke mate bepaalde vorde-

(1) Zie hierover nr. 706.

(2) Vgl. met de suggesties van de rechtbank die opgesomd werden in nr. 708. Inzake het gerechtelijk akkoord verdient het aanbeveling de werknemers te horen bij voor alle beslissingen betreffende het toekennen, bij het bespreken van het voorstel met de schuldeisers en voor het homologeren van het bereikte akkoord door de rechtbank.

(3) Zie anders over een volgende fase, nr. 680.

ringen het ontstaan van de financiële moeilijkheden hebben beïnvloed. De te nemen maatregelen zijn bovendien alleen voldoende wanneer zij verzekeren dat al de bij de bedrijfsactiviteit van de onderneming in moeilijkheden betrokken activa, in aanmerking kunnen komen voor een vergoeding van de schuldeisers. Ten tweede werd in de inleiding gesteld dat een faillissementsrechtelijke procedure alleen aan de hier besproken rechtsbeschermingsbehoeften kan beantwoorden, wanneer zij niet noodzakelijk leidt tot een sluiting van de onderneming.

A. Het faillissement

1) onderzoek van de vorderingen

721. Al de schuldvorderingen die opgenomen worden in de massa, worden in de loop van een faillissementsrechtelijke procedure onderzocht (1). Aangenomen wordt dat ook de schuldvorderingen die door een algemeen voorrecht zijn gewaarborgd, aan dit onderzoek worden onderworpen (2). Bij dit onderzoek kan een vordering worden betwist op grond van de algemene regels over de tegenstelbaarheid van vorderingen. Zij kunnen worden betwist door de curator die hiertoe verplicht is wanneer hij een vordering onvoldoende bewezen acht (3), of wanneer de gefailleerde of een van de in art. 503 W.v.K. vermelde schuldeisers een vordering aanvechten. Uit art. 503 W.v.K. volgt dat aandeelhouders van een onderneming in moeilijkheden en schuldeisers waarvan de vordering nog niet is geverifieerd, en evenmin door de debiteur is vermeld in zijn balans, niet het initiatief kunnen nemen tot het betwisten van een vordering. Zij kunnen alleen

(1) Zie art. 496 e.v. en vnl. art. 500 W.v.K.;- en meer uitvoerig over de verificatieprocedure: A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1718 e.v., en 2333 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 598 e.v., nr. 1678 en p. 606 e.v., nrs. 1687 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 150 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 347, nr. 2800 e.v. en p. 351 e.v., nrs. 2818 e.v.

(2) L. FREDERICQ, o.c., II, p. 598 e.v., nr. 1678; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 347 e.v., nrs. 2810 en 2811.

(3) A. CLOQUET, Novelles, nr. 2364.

de curator trachten te overtuigen (1). De rechter-commissaris oefent op deze procedure toezicht uit, maar kan zich, tenzij de curator zelf schuldeiser is, niet in de plaats van de curator stellen. Hij kan wel een bijkomend onderzoek vragen (2). Het toezicht op de regelmatigheid houdt in dat de rechter-commissaris op alle bepalingen van openbare orde kan wijzen die tot een betwisting van een vordering kunnen leiden. Betwistingen worden beslecht door de terzake bevoegde rechtbanken (3).

722. Buiten de algemene regels inzake de tegenstelbaarheid van vorderingen, dient bij het aanvaarden van vorderingen in de massa rekening te worden gehouden met de bijzondere bepalingen uit art. 445 e.v. W.v.K. Deze bepalingen dwingen de curator ertoe alle vorderingen te weren, en eerder tijdens de verdachte periode afgehandelde verrichtingen te vernietigen wanneer hun grondslag bedrieglijk is, of wanneer de gefailleerde (en dus de massa) er manifest door benadeeld werd. Alle andere tijdens de verdachte periode gestelde handelingen waarvan niet op algemene gronden kan worden gesteld dat zij de gefailleerde noodzakelijkerwijze benadelen, kunnen ook niet tegenstelbaar worden verklaard, wanneer de andere betrokken partijen wisten dat de latere gefailleerde had opgehouden te betalen (4). In grote lijnen beantwoorden deze bepalingen aan de gestelde eisen. Grove benadelingen van de massa

(1) Zie o.a. A. CLOQUET, Novelles, nr. 2365.

(2) Art. 500 e.v. W.v.K.;- A. CLOQUET, Novelles, nr. 2358; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 609, nr. 1690.

(3) Zie hierover eerder nrs. 670 e.v.; zie art. 574 Ger.Wb. en A. KOHL, J.T. 1975, p. 439 e.v. en B. van de WALLE de GHELCKE en J. STEENBERGEN, R.W. 1975-76, 939 e.v.

(4) Zie art. 445-449 W.v.K. Zie hierover eerder: nrs. 565 e.v.;- A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1261 e.v. betreffende het bepalen van de duur van de verdachte periode en verder vooral nrs. 295 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 504 e.v., nrs. 1577 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 262 e.v., nrs. 2710. Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht ook L. GANSHOF, o.c., p. 66 e.v. en J. HEENEN, 'La nullité de la période suspecte dans les pays de la CEE', in Liber amicorum Prof. Baron L. Frédéricq, I, Gent 1966, p. 557 e.v.

moeten altijd ongedaan worden gemaakt wanneer zij werden gesteld binnen de verdachte periode. Bij werkelijk grove handelingen weegt het belang van de derden per definitie niet op tegen dat van de massa (1). Andere, misschien ook benadelende transacties, kunnen alleen worden vernietigd wanneer de derde wist dat hij handelde met iemand die opgehouden had te betalen. Het vernietigen van de transactie en het schaden van de belangen van de derden dat daaruit volgt, kan dan verantwoord worden door de mate van medeplichtigheid van derden die zich ten nadele van hun medeschuldeisers verrijkten, en dus impliciet de risico's aanvaardden die daaruit voortvloeien. Ook de bepalingen over de duur van de verdachte periode stroken niet met de besproken criteria. De rechtszekerheid vergt dat een maximum termijn wordt bepaald voor de vernietiging van transacties die geen uitgesproken bedrieglijk karakter hebben (2). Wel werden eerder enkele suggesties geformuleerd om in sommige gevallen de appreciatiebevoegdheid van de rechtbank te verruimen. Het lijkt wenselijk aan de rechter de bevoegdheid te verlenen om ook na het vaststellen van de staking van betalingen, een beroep toe te laten op uitdrukkelijke ontbindende bedingen en clausules van eigendomsvoorbehoud wanneer dit het belang van de massa of van alle betrokkenen dient (3), en om voorrechten en hypotheken niet-tegenstelbaar te verklaren die tijdens de verdachte periode voor gelijktijdig ontstane vorderingen werden bedongen (4).

2) de omvang van het verhaalsobject van de schuldeisers

723. De vraag of al de bij de bedrijfsactiva van de onderneming in moeilijkheden aangewende activa verhaalsobject

(1) Er stelt zich hier wel het probleem van de positie van de derde na vernietiging: zie hierover o.a. eerder nr. 570.

(2) Bedrog veroorzaakt altijd, ook buiten elke faillissementsrechtelijke context, de nietigheid van een overeenkomst. Zie art. 1109, 1116 en 1117 B.W.

(3) Zie nr. 536 e.v.

(4) Zie nr. 569.

voor de schuldeiser worden, stelt alleen juridische problemen wanneer deze activa niet allemaal eigendom zijn van dezelfde fysische- of rechtspersoon. Wanneer zij allen eigendom zijn van dezelfde eigenaar, dan is het antwoord positief, met een uitzondering voor de activa die ter beschikking van de gefailleerde worden gesteld (1). Het probleem stelt zich bij fysische personen en rechtspersonen in de praktijk zelfs eerder omgekeerd: de met scheiding van goederen gehuwde echtgenote van de gefailleerde en de schuldeisers met een retentierecht zullen moeten aantonen dat sommige in de onderneming aanwezige goederen niet tot de massa kunnen worden gerekend. Wanneer de gefailleerde een rechtspersoon is, zullen dikwijls een deel van de activa eigendom zijn van de fysische persoon of rechtspersoon-meerderheidsaandeelhouder, en tegen vergoeding ter beschikking worden gesteld van de rechtspersoon die de onderneming exploiteert. De fysische- of rechtspersoon-aandeelhouder kan bovendien alle winsten uit de onderneming weg-pompen, en op die manier de onderneming ondergraven en natuurlijk ook het verhaalsobject gevoelig beperken.

a) medeschuldenaars

724. Medeschuldenaars kunnen, welk ook de rechtsgrond van hun verbintenis is, wanneer zij handelaar zijn, ook failliet worden verklaard indien zij hun verbintenissen niet na kunnen komen (2). Bij een faillissement van één, verschillende, of alle medeschuldenaars blijven de massa's

(1) Zie nr. 714. Ook goederen die niet vatbaar zijn voor beslag kunnen tot de boedel worden gerekend. Zie Brussel, 22 juli 1956, Rev. faill. 1954-1955, p. 182 en A. CLOQUET, Novelles, nr. 1562.

(2) A. CLOQUET, Novelles, nrs. 2792 e.v. en p. 505, nrs. 1393 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., p. 686 e.v., nrs. 1788 e.v., en p. 853 e.v., nrs. 1986 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 309 e.v., nrs. 2767 e.v.

van de verschillende faillissementen gescheiden, en kunnen vorderingen tegenover hoofdelijke of solidaire debiteurs in elk faillissement voor het geheel van hun waarde worden ingediend. Het faillissement van een co-debiteur wijzigt de positie van de andere debiteurs in principe niet. Op deze regel bestaan nochtans enkele uitzonderingen. Wanneer de co-debiteur een borg is, dient de eerste debiteur een nieuwe borg in te stellen (1). Het faillissement van één of enkele hoofdelijke of solidaire debiteurs, verhoogt uiteraard de financiële aansprakelijkheid of het risico voor de transactie voor de solvabele medeschuldenaar.

725. Een meer besproken afwijking van de algemene regel volgt uit art. 538 W.v.K. waarin bepaald wordt dat tussen de faillissementen van medeschuldnaars geen verhaal open staat voor het door elk faillissement gedragen aandeel in de gemeenschappelijke schuld, tenzij een faillissement een batig saldo heeft. Deze regel wordt het correlarium genoemd van de regel in art. 539 W.v.K. die stelt dat de schuldeiser in elk faillissement op kan komen voor het volledige bedrag (2). Het omgekeerde - het behoud van het regresrecht wegens het behoud van de mogelijkheid voor de schuldeiser om elke debiteur voor het geheel van de vordering aan te spreken - zou nochtans ook verdedigbaar zijn. Nu wordt, omdat in de praktijk weinig faillissementen met een batig saldo afsluiten, eigenlijk na faillissement zelfs tegenover een gefailleerde een relatief zware last op de meest gereede betaler gelegd. Het argument dat zonder de regel van art. 538 W.v.K. eenzelfde vordering tweemaal in eenzelfde faillissement zou kunnen worden ingediend, kan niet overtuigen, omdat een regresvordering noodzakelijkerwijze overeenstemt met een deel van de schuld waarvoor de eerste schuldeiser niet meer kan voorkomen in het faillissement. Overtuigender klinkt het argument dat

(1) Art. 2020 B.W.

(2) L. FREDERICQ, o.c., II, p. 693, nr. 693; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 312, nr. 2770.

in een faillissement de rechten van alle schuldeisers definitief vastgelegd worden. Maar dit geldt slechts na afsluiten van het faillissement. Voor het afsluiten dient de curator juist zoveel mogelijk activa, waaronder verhaalvorderingen, voor de massa te realiseren. Het argument pleit daarom alleen voor art. 538 W.v.K. wanneer het indienen van een verhaal door een vertraging van de afwikkeling van het faillissement de massa meer schade dan voordeel zou brengen. Het oordeel hierover kan beter worden overgelaten aan de curator onder toezicht van de rechter-commissaris.

b) onbeperkt aansprakelijke vennoten

726. Aandeelhouders van de gefailleerde vennootschap kunnen in het faillissement worden betrokken. Wanneer zij onbeperkt aansprakelijk zijn voor de schulden van een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid is hun situatie vergelijkbaar met deze van de in de vorige alinea besproken medeschuldenaars. Dit geldt ook voor de hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijke vennoten van een VOF, een coöperatieve vennootschap zonder volkomen rechtspersoonlijkheid en de gecommanditeerde in een commanditaire vennootschap (1). Zij kunnen evenwel slechts aangesproken worden wanneer gebleken is dat de vennootschap haar verplichtingen niet kan nakomen (2).

c) vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid: aansprakelijkheid van organen of aangestelden

727. Ook in een N.V., P.V.B.A. of coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid kan het verhaalsobject voor de schuldeisers worden uitgebreid buiten het eigen vermogen van de vennootschap. Daarvoor staan twee

(1) Art. 17, 18 en 146, 6° Venn.W.

(2) Zie J. RONSE, Vennootschapsrecht, p. 279 e.v. en W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 137 e.v.

wegen open. Ten eerste kunnen door een beroep op hun aansprakelijkheid vennoten, organen of aangestelden van de vennootschap gedwongen worden bij te dragen tot de delging van de schulden van de vennootschap (1). Daarbij gelden inzake de omvang van de aansprakelijkheid en de verdeling van de bewijslast de regels die ook buiten een faillissementsrechtelijke context de aansprakelijkheid van de organen van vennootschappen regelen. In Frankrijk werd in 1967 de bewijslast anders geregeld. De rechtbank kan ambtshalve of op verzoek van de syndic, wanneer bij een règlement judiciaire of een liquidation des biens een ontoereikendheid van de activa wordt vastgesteld, beslissen dat het tekort geheel of gedeeltelijk, al dan niet hoofdelijk gedragen zal worden door wie de vennootschap in rechte of in feite bestuurde. Om deze aansprakelijkheid te vermijden, dienen wie de vennootschap bestuurden aan te tonen dat zij met de vereiste inzet en zorg het beleid hebben gevoerd (2). Dit vermoeden van aansprakelijkheid betekent een zeer aanzienlijke beperking van de rechtspersoonlijkheid van vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Dit systeem biedt als voordeel dat het privé-vermogen van de bestuurders niet alleen tot zekerheid strekt voor sterke schuldeisers die persoonlijke zekerheden van de beheerders en zaakvoerders eisen, maar ook tot het verhaalsobject kan behoren voor de andere schuldeisers. Maar zolang men de figuur van de rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid handhaaft, lijkt het minder aangewezen om deze vrijwel ex officio te doorbreken tegenover al wie een onderneming leidt die op deze figuur beroep doet. Het lijkt daarom in eerste instantie meer aangewezen om de nadruk te leggen op de rechtsmiddelen die in nr. 728 e.v. worden besproken. Het uitspreken van een faillissement

(1) Zie over de aansprakelijkheid van de vennoten, organen en aangestelden, eerder nrs. 231 e.v., en met name Rb. v. Kph. Charleroi, 12 oktober 1976, R.P.S. 1976, p. 143; zie vooral L. FREDERICQ, o.c., II, p. 861 e.v., nr. 1999 en in het algemeen J. RONSE, o.c., p. 448 e.v. en P. COPPENS, Idées Nouvelles, p. 199 e.v.

(2) Art. 99 W. 13 juli 1967. Zie hierover o.a. R. RODIERE, o.c., p. 329 e.v.

verlegt wel de bevoegdheid om een beroep op de aansprakelijkheid in te stellen. De actio mandati kan na faillissement nog alleen door de curator ingesteld worden. Vennoten die ook een vordering hebben betreffende een door hen geleden schade die onderscheiden kan worden van de schade van de vennootschap, behouden ook een persoonlijke vordering op basis van de regels inzake contractuele aansprakelijkheid of aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad (1). Eerder werd er al op gewezen dat ook derden-schuldeisers die een van de schade van de vennootschap onderscheidbare schade leden, een persoonlijke vordering behouden (2). Dit doorbreekt de gelijkheid van de schuldeisers. Het verdient de voorkeur dat alle vorderingen tegen organen van een vennootschap die ontstonden uit de uitoefening van hun functie in de vennootschap, na faillissement alleen door de curator kunnen worden ingesteld. De omvang van de waarborgen die door deze aansprakelijkheidsvordering geboden worden, kan moeilijk in abstracto worden bepaald.

- d) vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid: doorbreken van rechtspersoonlijkheid (3)

728. Naast een beroep op de aansprakelijkheid van fysische personen (of rechtspersonen) die het beleid van een vennootschap mee bepaalden, bestaat de mogelijkheid om in sommige gevallen de aansprakelijkheidsbeperking die kenmerkend is voor vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid, te doorbreken. In dat geval kan niet alleen beroep worden gedaan op activa die niet tot het patrimonium

(1) Zie J. RONSE, o.c., p. 459 e.v. en 474 e.v.

(2) Zie nr. 235.

(3) De indeling van de gerechtelijke statistieken laat niet toe vast te stellen welk percentage van de gefailleerde ondernemingen één van de hier bedoelde rechtsvormen hebben aangenomen. Voor 1972 vermelden in 163 N.V.'s of commanditaire vennootschappen op aandelen, 24 coöperatieven (waar wellicht meestal de aansprakelijkheid werd beperkt) en 437 P.V.B.A.'s, V.O.F.'s, commanditaire vennootschappen en feitelijke vennootschappen. Daarnaast werden niet-geïncorporeerde ondernemingen failliet verklaard. Gerechtelijke Statistieken, 1977/2, p. 26.

van de vennootschap behoren om een bepaalde aan te tonen en te omschrijven schade te verhalen. Het verhaalsobject van alle schuldeisers wordt dan uitgebreid met het vermogen van fysische- of rechtspersonen die bij het faillissement worden betrokken. Volgens een constante rechtspraak kan het faillissement van een onderneming worden uitgebreid tot personen of ondernemingen die door bemiddeling van de gefailleerde vennootschap hebben gehandeld (1). Deze techniek van uitbreiding van het faillissement of doorbreken van rechtspersoonlijkheid, werd vooral toegepast bij kleinere ondernemingen die als naamlener konden worden aange-merkt, of zelfs als fictieve vennootschappen om de handelsactiviteit te camoufleren van iemand die zich aan het statuut van onbeperkt aansprakelijke handelaar wenste te onttrekken, maar in feite zelf handel dreven met de inzet van - en ten voordele van hun hele vermogen. De uitbreiding van een faillissement tot 'le maître de la société' is in België een door de rechtspraak ontwikkelde techniek, waarvan de juiste juridische grondslag niet altijd duidelijk is. De meest 'orthodoxe' rechtspraak is van oordeel dat een vermenging van vermogens van rechtspersonen juridisch ondenkbaar is, en het uitbreiden van een faillissement het nietigverklaren van de vennootschap vooronderstelt (2). Deze

(1) Zie hierover al Brussel, 4 april 1926, Pas. 1927, II, p. 70. Zie verder Rb. v. Kph. Leuven, 13 juli 1965, B.R.H., 1969, II, 426; Rb. v. Kph. Dinant, 29 september 1965, Jur. Liège, 1965-66, p. 106; Brussel, 2 april 1968, R.P.S. 1970, p. 228; Rb. v. Kph. St.-Niklaas, 18 februari 1964, R.P.S. 1968, p. 21, en 9 april 1968, R.P.S. 1968, p. 177; Rb. v. Kph. Luik, 14 november 1967, R.P.S. 1968, p. 23; Rb. v. Kph. Dinant, 23 mei 1972, R.P.S. 1972, p. 379; Rb. v. Kph. Charleroi, 29 april 1974, R.P.S. 1974, p. 181; Rb. v. Kph. Brussel, 11 februari 1975, R.P.S. 1975, p. 36; Rb. v. Kph. Antwerpen, 28 november 1974, R.P.S. 1975, p. 95; Rb. v. Kph. Brussel, 20 februari 1975, R.P.S. 1975, p. 98, en 23 april 1975, R.P.S. 1975, p. 237. Zie verder A. CLOQUET, Novelles, nrs. 161 e.v.; P. COPPENS, Idées Nouvelles, p. 185 e.v. en R.C.J.B. 1974, p. 375; Y. DUMON en F. MAUSSION, Propos sur la notion d'extension de la faillite et sur les mesures analogues en droit belge et droit comparé, B.R.H. 1974, II, p. 180 e.v. en 1976, II, p. 263 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 849, nr. 1979; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 173-174; R. PIRET, R.C.J.B. 1955, p. 128 e.v. en 1958, p. 203; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 208, nr. 2637.

(2) .../...

redenering steunt op de opvatting dat een rechtspersoonlijkheid alleen doorbroken kan worden wanneer de rechtspersoon wordt nietig verklaard, en een vermenging van vermogens daarbuiten maar kan worden aangenomen als rechtsgrond voor het uitbreiden van een faillissement, wanneer daartoe een wettelijke grondslag bestaat. Uit deze redenering volgt logischerwijze, dat indien ook na het nietigverklaren van een vennootschap meerdere patrimonialia aangesproken moeten worden, in elk geval afzonderlijk voldaan dient te zijn aan de voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement. Deze laatste voorwaarde geldt niet wanneer men het wél mogelijk acht dat een rechtspersoon wordt doorbroken zonder haar bestaan te ontkennen (1). Bij ontbreken van een expliciete wettelijke grondslag (2) zijn nog verschillende juridische gronden denkbaar. Het motiveren van het

(2) Zie Rb. v. Kph. Antwerpen, 26 oktober 1972, R.W. 1972-73, 1488. Ook al kan naar Belgisch recht een faillietverklarde vennootschap nog nietig worden verklaard, voorzover de rechtbank die het faillissement uitsprak, niet uitsprak over de rechtsgeldigheid van de vennootschap (zie Cass., 25 maart 1880, Pas. 1880, I, p. 108; Brussel, 26 juni 1963, R.P.S. 1964, p. 108, en J. RONSE, Vennootschapswetgeving 1973, p. 89), kan deze techniek toch sinds de W. 6 maart 1973 tot een aanzienlijke vertraging leiden: volgens art. 13 quinquies kan een door de rechter uit te spreken nietigheid geen terugwerkende kracht hebben en leidt zij tot een vereffening zoals bij een ontbinding. Daaruit volgt dat de vennootschap de rechtspersoonlijkheid behoudt met het oog op de vereffening, en pas na vereffening het faillissement 'uitgebreid' zou kunnen worden tot de eigenlijke 'maître de la société'. Zie Y. DUMON en F. MAUSSION, B.R.H. 1974, II, 201.

(1) Rb. v. Kph. Brussel, 11 februari 1975, R.P.S. 1975, 36. Zie evenwel bij het uitbreiden van het faillissement tot een rechtspersoon: Rb. v. Kph. Brussel, 18 december 1972 (onuitgegeven, besproken door Y. DUMON en F. MAUSSION, B.R.H. 1974, II, 202). Wel zullen er verschillende massa's of failliete boedels worden gevormd. Zie W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 177. Zie over het onderscheid tussen het uitbreiden van een faillissement en het parallel uitspreken van meerdere faillissementen: A. CLOQUET, Novelles, nrs. 165 e.v. Alleen de rechtspersoon wordt dan failliet verklaard, en andere vermogens worden aan het verhaalsobject toegevoegd.

(2) Zie bijv. voor Frankrijk art. 101 W. 13 juli 1967. Ook daar bleef evenwel naast art. 101 de vermenging van vermogens een afzonderlijke en alleen door de rechtspraak .../...

uitbreiden van een faillissement door de aansprakelijkheid van hentot wie het uitgebreid wordt, voor de toestand van de onderneming wegens gebrek aan loyauteit tegenover de vennootschap, of wegens hun aansprakelijkheid, voor het opwekken van de schijn bij derden dat ook hun vermogen tot verhaalsobject strekte, werd door de Belgische rechtspraak verworpen (1). Dan blijven vooral de figuren van het misbruik van recht, de afwending van bevoegdheid, of wetsontduiking te bespreken. De rechtspraak beperkt er zich meestal toe aan de hand van een aantal indices vast te stellen dat een vermogensvermenging bestaat tussen het vermogen van de gefailleerde en van hen tot wie het faillissement wordt uitgebreid, of dat deze laatsten al dan niet uitgesproken bedrieglijk de schijn wekten dat een vennootschap zich verbond terwijl zij in feite zelf handel dreven (2).

(2) ./.. ontwikkelde rechtsgrond voor het uitbreiden van een faillissement. Zie J.F. ARTZ, *L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux*, R.T.D.Comm. 1975, p. 1 e.v. en vnl. p. 19.

(1) Luik, 28 februari 1967, R.P.S. 1968, p. 18. Zie evenwel voor een beroep op de aansprakelijkheid van de leden van organen van een vennootschap nr. 727. Zie ook art. 332 en 333 Comp. Act 1948 en daarover o.a. L.C.B. GOWER, O.C., p. 191 e.v. en 595 e.v. inzake het Engels recht, waarbij sommigen omwille van bepaalde beheersfouten onbeperkt aansprakelijk kunnen worden geacht voor de schulden van de vennootschap (en dus niet alleen aansprakelijk voor de schade die door hun handelingen werd veroorzaakt). Zie ook art. 2394 uit het Italiaans burgerlijk wetboek. Zie hierover o.a. Y. DUMON en F. MAUSSION, B.R.H. 1976, II, 274. Zie ten dele H. COING, NJW 1977, p. 1796 onder 2.

(2) Er wordt evenwel geen uitdrukkelijk beroep gedaan op de regels inzake bedrog, noch een vordering in geveinsde verklaring ingesteld. Dit laatste hoeft niet te verwonderen omdat de geveinsde verklaring weliswaar algemeen mogelijk wordt geacht, maar zelf evenmin uitdrukkelijk is geregeld. Zie H. DE PAGE, O.C., II, p. 634 e.v., nrs. 639 e.v. en R. VANDEPUTTE, O.C., p. 375.

Onder deze indices kunnen worden vermeld: voorafname van gelden uit de vennootschapskas voor privédoeleinden, het ontbreken van duidelijk onderscheiden boekhoudingen, het niet respecteren van bevoegdheidsbeperkingen, het niet of slechts formeel functioneren van de organen van een vennootschap die eigenlijk door een andere vennootschap of fysische persoon wordt bestuurd, en het niet volstorten van kapitaal (1). Wat de rechtbanken willen vaststellen is de eenheid van ondernemingen, met één besluitvormingscentrum, één economisch belang, waardoor de juridische opsplitsing van de vermogens alleen camoufleert dat zij in feite worden aangewend voor één ondeelbare, of althans onverdeelde, activiteit. Deze activiteit is ondeelbaar of onverdeeld wanneer geen van de delen eigen beslissingen kan nemen, en zo zelf de te nemen risico's kan bepalen, wat zou verantwoorden dat deze risico's alleen gedekt worden met het vermogen van wie het risico neemt (2). Deze rechtspraak mag dan ook als een toepassing worden beschouwd van art. 7 en 8 van de Hypotheekwet (3), samengelezen met art. 1134 B.W. (4): verbonden zijn zij die zich wilden verbinden en dit geldig deden overeenkomstig art. 1108 e.v. B.W., en zij die zich verbonden staan in voor hun verbintenissen met heel hun vermogen. Het aanwenden van de rechtspersoonlijkheidsfiguur om te vermijden dat wie in bepaalde omstandigheden optreedt als een economische eenheid, voor de aangegane verbintenissen in zou staan met alle activa waarover hij beschikken kan, zoals uit de mogelijkheid om de beslissing te nemen blijkt, kan worden aangeduid als een

(1) Zie voor een catalogus o.a. Rb. v. Kph. St.-Niklaas, 9 april 1968, R.P.S. 1968, p. 177; A. CLOQUET, Novelles, nrs. 168 e.v.

(2) Zie Rb. v. Kph. Brussel, 23 april 1975, R.P.S. 1975, p. 237. Zie in deze richting enigszins: H. COING, NJW 1977, p. 1795-1796 onder 3.

(3) Zie H. DE PAGE, o.c., II, p. 636, nr. 641 over de vordering in geveinsdverklaring.

(4) Zie R. VANDEPUTTE, o.c., p. 374, idem.

wetsontduiking (1). Het kan in ieder geval worden gekwalificeerd als het afwenden van de rechtspersoonlijkheid van het objectief om een vermogen (en een arbeidsinzet) af te scheiden in functie van de aanwending ervan (2). Mede omwille van de schade die dit veroorzaakt en er zelfs mee beoogd wordt, kan bovendien sprake zijn van een misbruik van recht (3). De sanctie kan in dit geval, zowel bij wetsontduiking, rechtsmisbruik als afwending van bevoegdheid, de niet-tegenstelbaarheid zijn van de rechtspersoonlijkheid als afgrenzing van vermogens die naar het oordeel van de rechter voor éénzelfde onderneming werden aangewend zonder dat hiertoe vereist is dat de rechtspersoon wordt nietig verklaard (4). Uit de rechtspraak kan wel duidelijk worden afgeleid dat de rechtspersoonlijkheid doorbroken kan worden om een faillissement uit te breiden tot aandeelhouders (5), zowel als tot beheerders of zaakvoerders (6), en zelfs tot personen die noch aandeelhouder, noch lid van een van de andere organen van de vennootschap zijn (7). Uit de rechtspraak waarbij een faillissement van een vennootschap werd uitgebreid tot een andere vennootschap (8) blijkt ook duidelijk dat het doorbreken van de rechtspersoonlijkheid niet alleen gebeurt om hen die optraden als handelaar, maar zich als beheerders of aandeelhouders in een vennootschap aan het statuut van handelaar (en dus een voorwaarde voor het uitspreken van een faillissement) onttrokken, failliet te verklaren. Dit

(1) Zie over wetsontduiking W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 201 e.v.

(2) Zie over de rechtspersoonstechniek o.a. W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 267 e.v.

(3) Zie over misbruik van recht W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 184 e.v. en over afwending van bevoegdheid, idem, p. 173 e.v. Zie over deze begrippen bij vennootschappen ook nr. 438.

(4) Zie over de gedeeltelijke nietigheid W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 424 e.v.

(5) Zie o.a. Rb. v. Kph. Brussel, 23 april 1975, R.P.S. 1975, p. 237.

(6) Zie o.a. Rb. v. Kph. Dinant, 23 mei 1972, Jur. Liège 1972-73, p. 69.

(7) (8) .../...

bevestigt dat men de eenheid van een onderneming, dwars door de juridische opsplitsingen wil treffen (1).

729. Het systematisch aanwenden van de rechtspersoonlijkheid voor het afschermen van vermogens, krijgt in concernverhoudingen een nieuwe dimensie. Al dan niet gekruiste participaties tussen deze vennootschappen en de beheersinvloeden die daaruit volgen, en een soms doorgedreven taakverdeling, bemoeilijken een eenvoudig doortrekken van de technieken die werden ontwikkeld om misbruiken te bestrijden van de rechtspersoonsfiguur door een of enkele fysische personen. Terwijl een onderlinge dienstenverlening, ook inzake boekhouding en beleidsvoering tussen ondernemingen tot de normale handelsrelaties kan behoren, maken vooral de gekruiste participaties het bijzonder moeilijk om aan te tonen tot wiens financieel voordeel bepaalde transacties strekken wanneer de aandelen van de betrokken vennootschappen niet op naam zijn. Het gevaar van misbruiken dat een zo doorgedreven aanwenden van de rechtspersoonstechniek inhoudt, vergt aangepaste rechtsregels. In dit verband kan terugverwezen worden naar de bespreking van voorstellen voor een hervorming van het vennootschapsrecht waarin gekruiste participaties worden verboden (2). Een voldoende doorzichtigheid van de concernverhoudingen kan misschien ook bereikt worden door, zoals eerder al gesuggereerd werd, de mogelijkheden voor het uitgeven van effecten aan toonder te beperken. Wanneer - naast de aandelen in het bezit van beheerders van de vennootschap zoals eerder al werd gesuggereerd - ook aandelen in het bezit van andere vennoot-

(7) Zie Rb. v. Kph. Brussel, 25 oktober 1965, B.R.H. 1968, II, 337.

(8) Zie Rb. v. Kph. Oostende, 11 december 1969, R.P.S. 1970, p. 137 en Rb. v. Kph. Brussel, 20 februari 1975, J.T. 1975, p. 401; zie hierover W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 175.

(1) Deze tendens is conform aan de ontwikkeling in Frankrijk. Zie o.a. W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 176 e.v. Zij wordt verder bevestigd door de praktijk van sommige depstage-diensten waarbij van de moederonderneming bij het dwingend faillissement van een dochteronderneming wordt geëist of gevraagd dat zij zich borg stelt voor de schulden .../...

schappen of beheerders van andere vennootschappen, geregistreerd moeten worden, kan gemakkelijker worden nagegaan van waaruit het beleid over een onderneming wordt gevoerd en hoe winsten of verliezen worden verdeeld. Wanneer na vaststelling van een belangenvermenging de rechtspersoonlijkheid kan worden doorbroken, biedt deze formule het voordeel de gevolgen van misbruiken te helpen bestrijden zonder ook een verantwoord gebruik van een concentratietechniek te verbieden. Bij het onderzoek naar het bestaan van een belangenvermenging, kan behalve met sommige van de eerder vermelde criteria, vooral worden onderzocht met welke ondernemingen contracten werden gesloten die wijzen op een systematisch wegvloeien van winsten naar andere ondernemingen, zoals het toestaan van renteloze leningen, het verkopen van produkten of verlenen van diensten tegen abnormaal lage of het aankopen van goederen of beroep doen op diensten tegen abnormaal hoge prijzen. Ook de financiële structuur, en vooral de verhouding tussen eigen en vreemd kapitaal voor de financiering van vastliggende activa, kan duidelijke aanwijzingen geven over de reële zelfstandigheid van een vennootschap (1).

730. Samengevat biedt het Belgisch recht voldoende rechtsgronden om de rechtspersoonlijkheid te doorbreken wanneer zij ten nadele van de schuldeisers werd misbruikt of afgewend. Het rechtsbeschermingsbeeld zou evenwel aan duidelijkheid winnen wanneer hierover een uitdrukkelijke bepaling wordt opgenomen. Voor het redi-

(1) ./.. van de dochteronderneming, of tenminste haar vorderingen ondergeschikt maakt aan deze van andere schuldeisers. Zie hierover A. PUELINCKX, Rev. Banque 1968, p. 604 en J. VAN DER GUCHT, B.R.H. 1968, II, 704 e.v.

(2) Zie nr. 471.

(1) Zie hierover W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 176 e.v. Ook een onderzoek van de aangifte en aanslagformulieren van de vennootschaps- of inkomstenbelasting kan over het bestaan van deze transacties inlichtingen opleveren wanneer zij met buitenlandse ondernemingen gesloten werden. Art. 24, 46 en 250 W.I.B. voorzien bepalingen .../...

geren van een dergelijke bepaling bieden zowel art. 101 van de Franse faillissementswet van 13 juli 1967 als de art. 1 en 2 van het voorstel voor een eenvormige wet in bijlage I bij het voorontwerp van Europees Verdrag inzake faillissement (1) overigens vrijwel gelijklopende voorbeelden. Uitgaande van de Belgische rechtspraak en de recente Franse rechtspraak (2) verdient het aanbeveling ook de vermenging van vermogens uitdrukkelijk te vermelden als grond voor het uitbreiden van een faillissement. De in te lassen bepaling kan dan stipuleren dat het faillissement van een vennootschap kan worden uitgebreid tot elke fysische- of rechtspersoon die in rechte of in feite de gefailleerde onderneming leidde, en die bovendien:

- onder de dekmantel van de vennootschap of rechtspersoon, in het verborgen een persoonlijke activiteit ontwikkelden;
- of op onrechtmatige wijze over de goederen van de vennootschap beschikten als betrof het hun eigen goederen;
- of de vennootschap en hun eigen vermogen beheerden op een wijze waardoor beide vermogens werden vermengd;
- of in hun persoonlijk belang een met verlies werkende onderneming hebben verder gezet, en daarbij met misbruik van de rechtspersoonlijkheid hun aansprakelijkheid beperkten tot het vermogen van die vennootschap (3).

Daaraan kan worden toegevoegd dat de rechtbank kan beslissen dat de vorderingen, bevoorrechte zowel als niet-bevoorrechte van elke fysische- of rechtspersoon die in rechte of in feite een onderneming leidde, en met misbruik van rechtspersoonlijkheid zijn aansprakelijkheid beperkte tot

(1) ./.. die ertoe strekken de aan sommige buitenlandse ondernemingen toegekende abnormale voordelen, bij de belastbare winst te rekenen van de vennootschap die hen toekent: zie hierover B. VERSTRAETE, La réforme du C.I.R., Brussel 1974, p. 105-116.

(1) Zie Commissie E.G., doc. 3.327/I/XIV/70-N. Zie voor Nederland: H.J.M.N. HONEE, Om of door de rechtspersoon heen?, N.J.B. 1977, p. 683 e.v., en J.M. POLAK, Door rechtspersonen heen kijken en toerekenen aan anderen, N.J.B. 1977, p. 565 e.v. en de daar besproken preadviezen van M.J.G.C. HAAYMAKERS en H.L.J. ROEBRINK.

(2) Zie J.F. ARTZ, R.T.D.Comm. 1975, 19.

(3) In de Franse regeling is sprake van: (poursuivre) .../...

het vermogen van de vennootschap, slechts kunnen worden voldaan wanneer voldaan is aan alle vorderingen van andere schuldeisers, niet-bevoorrechte zowel als bevoorrechte. Als voorbeeld van misbruik van rechtspersoonlijkheid kan daarbij ondermeer worden gegeven het organiseren van een ondernemingsactiviteit in een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarbij in het risicodragend vermogen van de vennootschap slechts een deel wordt ingebracht van het door de bedoelde fysische of rechtspersoon uitsluitend of in hoofdzaak voor deze ondernemingsactiviteit ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen, of waarbij slechts bedrijfsmiddelen in het risicodragend vermogen worden ingebracht die kennelijk onvoldoende zijn om de te nemen risico's te dragen, met als enig oogmerk anderen te benadelen, of waarbij de verdeling van het economisch risico van de bedrijfsactiviteit tussen derden en de bedoelde fysische- of rechtspersonen niet in een redelijke verhouding staat tot de door deze laatsten genoten participatie in de winst; of elk ander voorbeeld van aanwending van de rechtspersoonlijkheid met misbruik van recht of afwending van bevoegdheid (1). Onder risicodragend vermogen wordt hier verstaan: het geheel van de activa van de onderneming die tot verhaalsobject strekken van de schuldeisers (2). Het voorzien van de mogelijkheid voor de rechter om de vorderingen van sommige schuldeisers achter te stellen, eerder dan een faillissement tot hen uit te breiden, laat toe de sanctie voor het hen verweten misbruik te beperken tot het hen ontzeggen van de op een ongeoorloofd geachte wijze nagestreefde winst. Dit kan met name wenselijk zijn in al die gevallen waarin men het onbillijk of om andere redenen niet wenselijk acht de ondernemingszin te sanctioneren

(3) abusivement (...) une exploitation déficitaire. Art. 1, 1^o, lid c van bijlage I ontwerp faillissementsverdrag beperkt de mogelijkheid om een faillissement uit te breiden door te bepalen dat de onderneming wederrechtelijk moet zijn voortgezet. Deze laatste specificering lijkt minder gelukkig. Een andere oplossing ware geen bepaling op te nemen over de oogmerken of de modaliteiten van het verderzetten van de onderneming, maar te bepalen dat het faillissement kan worden uitgebreid tot al wie een insolvabele onderneming in zijn eigen belang verderzet.

(1) (2) .../...

door een faillissement tot het privé-vermogen van de betrokkenen uit te breiden. Wel kan bovendien omwille van de onbevredigende regeling van het kennelijk onvermogen (1), en zoals in art. 2 van het voorontwerp van eenvormige wet, worden bepaald dat een faillissement van een rechtspersoon kan worden uitgebreid tot al wie omwille van zijn beheer of toezicht als beheerder, commissaris of aandeelhouder is veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding aan de vennootschap of aan derden, en deze verplichting niet nakomt. Bij het uitbreiden van het faillissement dient de massa in onderscheiden boedels ook de activa en de passiva van hen te omvatten waartoe het faillissement wordt uitgebreid.

e) de universaliteit van het faillissement (2)

- naar geldend intern recht

731. Ook buiten een concernrechtelijke context, maar zeker wanneer de gefailleerde onderneming deel uitmaakt van een grotere groep, rijzen bijkomende problemen inzake de omvang van het verhaalsobject wanneer de activa van de gefailleerde of andere fysische of rechtspersonen in verschillende landen gelegen zijn. Dan is vereist dat een faillissement een universele uitwerking heeft, of m.a.w. dat het alle

(1) Zie nr. 728 in fine. Zie verder: W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 184 e.v. en p. 199.

(2) Zie J. RONSE, Vennootschapsrecht, p. 273 e.v. en p. 297 e.v. Er wordt hier aan dit begrip de voorkeur gegeven boven het vereisen van een voldoende maatschappelijk kapitaal om de redenen die werden uiteengezet in J. STEENBERGEN, R.W. 1975-1976, 2310 e.v.

(1) Zie nr. 92 e.v.

(2) In 1972 werden 82 buitenlandse en 1452 Belgische fysische- of rechtspersonen failliet verklaard: Gerechtelijke Statistieken 1977/2, p. 26.

activa en passiva van de gefailleerde omvat, waar zij zich ook bevinden of hun oorsprong vonden. Daarbij rijzen in principe geen moeilijkheden wanneer (i) alle betrokken fysieke- of rechtspersonen hun zakencentrum en andere vestigingen hebben in België, of (ii) in België of in staten die de universaliteit (of eenondeelbaarheid) van een in België uitgesproken faillissement erkennen wanneer zij hun zakencentrum in België hebben gevestigd, of (iii) in België en in eenzelfde andere staat waarvan België een faillissementsuitspraak erkent, of (iv) in verschillende staten indien alle staten waarin zij hun zaken-

centrum niet hebben gevestigd, de universaliteit van een in een andere staat uitgesproken faillissement erkennen en volgens het recht van de staat waar het zaken centrum zich bevindt, de gevolgen van een faillissement zich tot alle activa uitstrekken (1).

732. België erkent de universaliteit van een faillissement (2). Tot een faillissement behoren daarom alle activa van de gefailleerde, en de Belgische rechtbanken weigeren anderzijds een faillissement uit te spreken wanneer van een onderneming alleen een bijhuis of filiale in België is (3). Tot de staten onder groep (ii) behoren Frankrijk (4), Luxemburg (5) en Nederland (6). De Engelse rechter zal de universaliteit van een faillissement slechts erkennen wanneer hij daartoe, naast de buitenlandse uitspraak, ook enkele redenen aanwezig acht (7). Vermits België de universaliteit van het faillissement erkent, kunnen in principe alle staten tot groep (iii) worden gerekend. De erkenning van een faillissement uitgesproken door een rechtbank in de staat waar het zaken centrum van een onderneming gevestigd is, behoeft zelfs geen exequaten: iedere belanghebbende, en met name schuldeisers, dienen de bindende kracht van een dergelijke uitspraak te erkennen

(1) Zie over het begrip zaken centrum: J. NOEL en J. LEMONTEY, o.c., p. 26.

(2) Zie nrs. 84 en 328. Zie eveneens A. CLOQUET, Novelles, nrs. 1027 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 431, nr. 1499; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 178; J. NOEL en J. LEMONTEY, o.c., p. 3 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 204, nr. 2633. In deze alinea wordt alleen rekening gehouden met het recht van België, Frankrijk, Italië, Luxemburg, Nederland en het Verenigd Koninkrijk.

(3) Zie o.a. Rb. v. Kph. Brussel, 26 november 1973, J.T. 19 , 156.

(4) Op grond van art. 8 van het Frans-Belgisch verdrag van 8 juli 1899 (B.S., 30-31 juli 1900), en op voorwaarde dat de onderneming niet alleen haar zaken centrum in België heeft, maar aangenomen mag worden dat zij de Belgische nationaliteit bezit. Zie o.a. L. GANSHOF, L'élaboration d'un droit européen de la faillite dans le cadre de la CEE, C.D.E. 1971, p. 151

(5) Zie A. HUSS, l.c.

(6) Zie art. 20 Verdrag van 28 maart 1925 (B.S., 27 juli 1929); zie ook L. GANSHOF, C.D.E., p. 151 en J. NOEL en J. LEMONTEY, o.c., p. 4.

(7) Zie CHESHIRE'S, o.c., 9° uitg., p. 563.

wanneer voldaan is aan de voorwaarden voor het verlenen van exequatur die opgesomd worden in art. 570 Ger. Wb. (1). Inzake groep (iv) erkennen alleen België en Luxemburg de universaliteit van een in het buitenland uitgesproken faillissement, ongeacht de staat waar het zakencentrum van de onderneming gevestigd is. Daaraan dienen Italië en Frankrijk toegevoegd te worden in zoverre het een faillissement betreft van ondernemingen waarvan het zakencentrum zich in één van beide landen bevindt, en het faillissement uitgesproken werd in de staat waarin het zakencentrum zich bevindt (2). Naast België en Luxemburg, en binnen de aangegreven grenzen ook Italië en Frankrijk, kent ook de Nederlandse rechter principiëel een universele draagwijdte toe aan een in Nederland uitgesproken faillissement. Hetzelfde geldt voor het recht van de Duitse Bondsrepubliek, wanneer het een in de Bondsrepubliek uitgesproken faillissement van een onderneming met zakencentrum in de Bondsrepubliek betreft (3). Samengevat, wordt de universaliteit of ondeelbaarheid van een faillissement dus erkend wanneer het zakencentrum zich in België bevindt, en alle andere vestigingen ook gevestigd zijn in België, Frankrijk, Luxemburg of Nederland; wanneer het zakencentrum, en alle andere vestigingen (buiten de Belgische vestiging) zich in eenzelfde staat bevinden; wanneer het zakencentrum zich in de Bondsrepubliek of in Nederland bevindt en alle andere vestigingen in België of in Luxemburg; en wanneer het zakencentrum in Italië of in Frankrijk gevestigd is, het faillissement in die staat wordt uitgesproken, en alle andere vestigingen zich in België, Italië, Frankrijk of Luxemburg bevinden.

- multinationale conventies en gedragscodes

733. In alle, niet in de vorige alinea's bedoelde gevallen is er evenwel geen enkele waarborg dat de eenheid van een faillissement kan worden verkregen. Om aan deze weinig bevredigende situatie te verhelpen werden verschillende multinationale initiatieven genomen, die elk geïnspireerd zijn door de theorie van de ondeelbaarheid en de universele draagwijdte van een faillissement. Een Benelux-conventie

(1) Zie o.a. Cass., 6 augustus 1852, Pas. 1853, I, 146 (inzake faillissement) en Cass., 29 maart 1973, J.T. 1973, 389 (inzake echtscheiding). Zie ook F. RIGAUX, o.c., p. 68 e.v.

(2) Zie over het Frans-Italiaanse verdrag van 3 juni 1930, L. GANSHOF, o.c., p. 151.

(3) Zie J. NOEL en J. LEMONTEY, o.c., p. 4.

werd ondertekend op 24 november 1961, maar wacht nog steeds op een ratificatie door Luxemburg. Binnen de Benelux stellen er zich overigens, zoals blijkt uit nr. 731, weinig echt fundamentele problemen.

734. Van een meer algemene draagwijdte is het voorontwerp voor een EEG-conventie inzake faillissement, gerechtelijk akkoord en andere soortgelijke procedures (1). Dit voorontwerp beoogt de universaliteit of ondeelbaarheid te waarborgen van een in één van de lid-Staten uitgesproken faillissement, ten aanzien van alle activa en passiva van de gefailleerde die zich binnen de gemeenschap bevinden (2). Met Fletcher kan worden betreurd dat het ontwerp niet voorziet dat, in zoverre het recht van de betrokken staat zich niet verzet tegen de uitvoering van een in de gemeenschap uitgesproken faillissementsvonnis, een in de gemeenschap uitgesproken faillissement ook rechtsgevolgen heeft ten aanzien van de buiten de gemeenschap gelegen goederen van de gefailleerde (3). Het ontwerpverdrag organiseert het

(1) Zie Doc. Commissie E.G. 3.327/I/XIV/70-N van 16 februari 1970. Het faillissementsrecht werd uit het toepassingsgebied gesloten van het E.E.G.-Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968, goedgekeurd door W. 13 januari 1971 (B.S. 31 maart 1971 -- zie art. 1). Zie over dit Verdrag o.m. P. COPPENS, Idées Nouvelles, p. 171 e.v.; I. FLETCHER, The proposed Community Convention on bankruptcy and related matters, E.L.R. 1977, p. 15 e.v.; L. GANSHOF, C.D.E. 1971, p. 146 e.v.; J. NOEL en J. LEMONTEY, o.c., p. ; M. WESER en J. VAN DER GUCHT, Projet de Convention entre les états de la C.E.E. relative à la faillite, B.R.H. 1968, IV, p. 150 e.v., 264 e.v., 607 e.v. en III, p. 361 e.v.

(2) Zie art. 2 en art. 33.

(3) Zie I. FLETCHER, E.L.R. 1977, p. 25. Zoals Fletcher opmerkt wordt het universeel karakter van een faillissement volgens het in het ontwerp voorgestelde regime verder beperkt omdat de massa wordt samengesteld volgens het recht van de staten waar activa gelegen zijn, en de regels op dit punt verschillen. Zie bijv. inzake de Duitse Bondsrepubliek par. 1, lid 1 K.O. waarin bepaald wordt dat na het faillissement door de gefailleerde verworven goederen geen deel uitmaken van de activa. Zie ook de opmerkingen in de nrs. 83 e.v. inzake de beperking van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht in sommige lid-Staten tot handelaars. Zie verder inzake bevoorrechte vorderingen onder nrs. 327 e.v.

universeel karakter van het faillissement door het voorzien van bepalingen die dienen te waarborgen dat zo mogelijk slechts één rechtbank de exclusieve bevoegdheid heeft om een faillissement uit te spreken, en in andere gevallen de rechtbank die het eerst een faillissement uitspreekt uitsluitend bevoegd wordt om het afwikkelen van het faillissement te organiseren. Het ontwerp-verdrag voorziet daartoe ook bepalingen inzake de verhaalmiddelen, de erkenning en uitvoering van buitenlandse faillissementsvonnissen, de bevoegdheden van de curator, enz. Misschien even belangrijk in de praktijk als de bepalingen betreffende de universaliteit van het faillissement, is het feit dat het ontwerp ook een regeling voorziet inzake het uitbreiden van een faillissement tot al wie in rechte of in feite een vennootschap bestuurt, en daarbij ofwel de vennootschap als dekmantel gebruikte voor een eigen activiteit, ofwel op onrechtmatige wijze over het vennootschapsvermogen beschikte als betrof het zijn eigen goederen, ofwel wederrechtelijk en in zijn eigen belang een onderneming verder zet die verlieslatend is, of nog wie veroordeeld is tot het betalen van een schadevergoeding aan een vennootschap of het dragen van een deel van haar schuldenlast, en deze verplichting niet nakomt (1).

735. De OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen voorzien geen uitdrukkelijke bepaling over de universaliteit van een faillissement of het doorbreken van de rechtspersoonlijkheid van een faillietverklearde onderneming. Wel stellen zij dat elke staat het recht heeft de voorwaarden voor het opereren van de multinationale ondernemingen binnen de grenzen van zijn jurisdictie voor te schrijven, onder voorbehoud van eerbiediging van het internationale recht en van de internationale overeenkomsten waarbij hij partij is. De vestigingen van een multinationale onderneming die zich in verschillende landen bevinden, zijn onderworpen aan de wetten van

(1) Zie art. 11 en 12 ontwerp en vooral bijlage I. Zie ook nr. 730.

die landen (1). Deze richtlijnen zijn gericht tot de verschillende vestigingen die de multinationale onderneming omvat (...) overeenkomstig de feitelijke verdeling van de verantwoordelijkheden, met dien verstande dat zij waar nodig samenwerken en elkaar medewerking verlenen om de naleving van de richtlijnen te vergemakkelijken. De term 'onderneming' zoals in deze richtlijnen gebruikt, heeft betrekking op die verschillende vestigingen overeenkomstig de toebedeelde verantwoordelijkheden (2). Naar aanleiding van de Badger-zaak interpreteerde de Commissie voor internationale investeringen en multinationale ondernemingen van de OESO deze regels zo dat indien een dochteronderneming een 100% filiale is van de moeder en rechtstreeks door haar wordt gecontroleerd waardoor de beslissingen voor haar genomen worden, de moeder gehouden is de dochteronderneming in de mogelijkheid te stellen om de verplichtingen na te komen die de dochteronderneming heeft wegens de voor haar genomen beslissing krachtens het recht van het land waar de dochtermaatschappij gevestigd is (3). Daarbij moet worden opgemerkt dat om deze interpretatie werd gevraagd om vast te kunnen stellen of een moedermaatschappij in de besproken situatie gehouden was om in te staan voor het uitbetalen van de opzeg- en sluitingsvergoedingen die verschuldigd waren door de dochteronderneming waarvan zij het faillissement onvermijdbaar maakte en zonder dat men aannam dat hierover tijdig overleg werd gepleegd met de werknemers. Daaruit volgt dat in casu de verplichting van

(1) Inleiding van de bijlage bij de verklaring van 21 juni 1976, 7.

(2) Zie inleiding, 8.

(3) Zie hierover uitvoerig: R. BLANPAIN, The Badger-case and the OECD guidelines, vnl. nrs. 138 en 159. Het manuscript van dit binnenkort te verschijnen boek werd door de auteur bereidwillig ter inzage gegeven. Zie o.a. Th. VOGELAAR, 'The guidelines in practice', OECD-Observer, nr. 86, p. 7-8.

de onderneming ook steunde op de bepalingen in de paragraaf werkgelegenheid en arbeidsverhoudingen, aanhef en punt 6 (1). Het lijkt daarom voorbarig te concluderen dat de richtlijnen het doorbreken van de rechtspersoonlijkheid zonder meer tot norm nemen, vooral wanneer men van oordeel is dat met de conclusies die naar aanleiding van de Badger-zaak getrokken werden, al een uiterste grens van de interpretatiemarge werd bereikt. Maar vermits de bepaling dat de verschillende vestigingen elkaar overeenkomstig hun onderlinge verantwoordelijkheidsverdeling dienen bij te staan om de verplichtingen na te komen die zij hebben volgens het recht van de staat waarin zij gevestigd zijn, in algemene termen is gesteld, is evenmin bij voorbaat uitgesloten dat al de regels inzake het verhaalsobject voor de schuldeisers hierbij in aanmerking moeten worden genomen. Tenslotte moet er hierbij aan worden herinnerd dat de richtlijnen geen regels van dwingend recht inhouden. Zij formuleren slechts aanbevelingen (2). Naarmate de publieke opinie en de betrokken groepen meer aanstoot nemen aan een inbreuk op hun bepalingen, verkrijgen zij nochtans een duidelijk moreel gezag, en mag aangenomen worden dat zij richtinggevend zullen zijn voor de ontwikkeling van het recht in de betrokken staten.

f) de grenzen van het verhaalsobject

736. Een behoorlijke rechtsbescherming vraagt niet alleen regels die waarborgen dat heel het vermogen dat ingezet werd voor een economische bedrijvigheid tot verhaalsobject van de schuldeisers zou strekken, maar ook dat alleen die goederen daartoe aangewend kunnen worden. Gevaar voor vermogensvermenging bestaat vooral ten aanzien van de goederen van de echtgenote (en de minderjarige kinderen), en de goederen van derden die zich (toevallig) in

(1) De overeenkomst die uiteindelijk met de Badger-groep werd bereikt, betrof trouwens alleen het betalen van deze vergoedingen. Zie R. BLANPAIN, o.c., nr. 147.

(2) Zie R. BLANPAIN, o.c., nrs. 34 e.v.

het vermogen van de gefailleerde bevinden. Voor elk van deze problemen gelden regels die bevredigend kunnen worden genoemd.

737. Inzake de goederen van de echtgenote, is een eerste vraag of de schulden die volgen uit de bedrijfsactiviteit van een van beide, een 'eigen' schuld is dan wel een schuld van de gemeenschap (1). Daarna moet vastgesteld worden welke goederen eigen goederen zijn van de echtgenoot op wie de schuld kan worden verhaald. Indien de stelling dat deze echtgenoot alleen met zijn privé-vermogen borg staat, niet weerhouden wordt, moet bovendien vastgesteld worden welke goederen tot het gemeenschappelijk vermogen gerekend kunnen worden (2). De bijzondere regeling die vroeger voorzien werd in art. 555 e.v. W.v.K. en een vermoeden inhield dat goederen tot de gemeenschap behoren, werd opgeheven bij de hervorming van het huwelijks-goederenrecht (3). Het rechtsbeschermingsbeeld werd hiermee niet ingrijpend gewijzigd. Omdat overwegend wordt aangenomen dat professionele schulden gemeenschappelijk zijn, en alle goederen waarvan niet wordt aangetoond dat zij eigen goederen zijn, tot de gemeenschap worden gerekend (4), blijft de bewijslastverdeling in wezen ongewijzigd.

(1) Zie hierover o.a. R. DILLEMANS, Huwelijksvermogensrecht, Antwerpen 1977, p. 93 e.v. en vnl. p. 98. Zie, met een meer radicale optie voor de stelling dat professionele schulden gemeenschappelijke schulden zijn: H. CASMAN en M. VAN LOOK, Huwelijksvermogensstelsels, Brussel (losbl.), III, 9, 3; A. DELIEGE, 'Le régime légal; le passif et les droits des créanciers', in Sept leçons sur la réforme des régimes matrimoniaux, Liège 1976, p. 111.

(2) Volgens art. 1414 B.W. kunnen professionele schulden van een van de echtgenoten niet verhaald worden op de eigen goederen van de andere echtgenoot indien deze schulden als gemeenschappelijke schulden worden gekwalificeerd.

(3) Zie art. IV, 37 W. 14 juli 1976, B.S. 18 september 1976; H. CASMAN en M. VAN LOOK, l.c.; en A. DELIEGE, l.c.

(4) Zie met bewijsregeling, art. 1399 B.W.

738. Goederen die aan derden toebehoren kunnen worden teruggevorderd wanneer de eigenaar bewijzen kan dat hij eigenaar is, de goederen nog individualiseerbaar zijn en ontvangen betalingen worden teruggestort. Deze algemene regel wordt expliciet hernomen inzake ter inning overgemaakte effecten en titels, en goederen die bij de gefailleerde werden geconsigneerd als bewaarnemer of commissionair (1). Art. 567, 2° lid en art. 568 breiden deze regeling uit tot de door de koper onbetaald gebleven prijs van de in art. 567, 1° lid bedoelde goederen, en goederen die aan de gefailleerde werden verzonden maar nog niet door de koper of zijn commissionair in ontvangst werden genomen (2). In dit laatste geval worden evenwel ook de rechten van derden-verkrijgers beschermd indien de goederen voor hun aankomst werden verkocht, op cognossement, factuur of door de afzender getekende vrachtbrief (3). Bovendien moet wie terugvordert, de rechten eerbiedigen van de pandhoudende schuldeiser die het bezit heeft verkregen door een cognossement of een vrachtbrief (4). Deze laatste nuanceringen, ingevoegd bij W. 31 mei 1890 (5), bewaren een billijk evenwicht tussen de belangen van de betrokken derden. Art. 570 W.v.K. vult deze regeling aan met een hernemen van art. 1613 B.W., zelf een uitbreiding van art. 1612 B.W., en stelt dat de verkoper verkochte, maar nog niet geleverde of verzonden goederen niet hoeft te leveren. Tenslotte moet worden vermeld dat de curator met toestemming van de rechter-commissaris, wel levering kan eisen tegen betaling van de overeengekomen prijs (6).

3) het onttrekken van het beleid van de onderneming aan de gefailleerde

739. Wanneer transacties die schuldeisers in ongeoorloofde mate benadelen, aangevochten kunnen worden, beslissingen kunnen worden vernietigd of geamendeerd,

(1) Zie art. 566 en 567, 1° en 569 W.v.K. en W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 147.

(2) Een loutere levering volstaat niet om een beroep op art. 568 uit te sluiten: Cass., 15 januari 1938, Pas. 1931, I, p. 48.

(3) Art. 568, 2° lid.

(4) Art. 568, 3° lid.

(5) B.S. 9-10 juni 1890. Zie over deze materie ook de uitvoerige noot van J. HEENEN, R.C.J.B. 1973, p. 9 e.v.

(6) Art. 571 W.v.K.

en het verhaalsobject van de schuldeisers ondanks deze transacties kan worden gereconsitueerd, kan voldoende drastisch ingegrepen worden in het beleid van een onderneming om een aanvaardbare rechtsbescherming te bieden aan de betrokken groepen. De faillissementsregeling organiseert bijkomende waarborgen door het onttrekken van het beheer aan de gefaillerde en het organiseren van het beheer door een of meer curatoren onder toezicht van een rechter-commissaris (1), en het voorzien van bijzondere bewarende maatregelen (2).

- 4) mogelijkheden om de onderneming te handhaven, of althans in zo voordelig mogelijke omstandigheden te vereffenen

740. Een faillissement kan worden afgesloten:

- wegens ontoereikend actief (art. 536 W.v.K.): in dit geval wordt de faillissementsprocedure beëindigd zonder afwikkeling van de schuldvorderingen en kunnen de schuldeisers terug hun individuele vorderingen uitoefenen: voor zover er van een werkelijke onderneming sprake kan zijn leidt de procedure dus niet zelf tot het stopzetten van haar activiteiten;
- door akkoord na faillissement: wanneer een meerderheid van de schuldeisers die drie vierden vertegenwoordigen van de definitief of voorlopig aanvaarde schuldvorderingen vertegenwoordigen instemmen met een regeling die door de recht-

(1) Zie art. 444 en 452 e.v. W.v.K. Zie hierover A. CLOQUET, Novelles, o.a. nrs. 2131 e.v. en 2146 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 478 e.v. en 560 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 140 e.v. en 145 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 229 e.v., nrs. 2667 e.v. en p. 246 e.v., nrs. 2684 e.v.

(2) Zie art. 466 e.v., 481, 482. Zie A. CLOQUET, Novelles, nr. 2217 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 57 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 148 e.v. Zie over een unieke toepassing van art. 467 W.v.K. waarin aan de rechtbank de bevoegdheid wordt gegeven om de gefaillerde die in strijd met art. 440 of 441 W.v.K. gehandeld heeft, of bewust onjuiste inlichtingen aan zijn onderneming verstrekt: H. VANDENBERGHE, Het gras tussen de straatstenen, Knack, 19 oktober 1977, p. 291.

bank wordt gehomologeerd, dan bindt deze regeling alle schuldeisers, en bevrijdt zij de gefailleerde van alle niet in het akkoord opgenomen verbintenissen (1); dit akkoord kan de handhaving van de onderneming voorzien en zal trouwens dikwijls met het oog daarop worden afgesloten;

- door vereffening, wanneer geen akkoord de vereiste meerderheid of de homologatie van de rechtbank kan verkrijgen (2). Normaal leidt de vereffening tot de stopzetting van de ondernemingsactiviteit, tenzij takken van de bedrijfsactiviteit in hun geheel worden verkocht en verder geëxploiteerd door de overnemer (3).

741. Het faillissement leidt dus zeker niet noodzakelijk tot een definitief stopzetten van de ondernemingsactiviteit. Tijdens een faillissementsrechtelijke procedure hoeft een ondernemingsactiviteit niet stilgelegd te worden. In alle gevallen waarin de gefailleerde een akkoord aanvraagt (4), het belang van de schuldeisers het eist, of de gefailleerde bij de aangifte van zijn faillissement verklaart dat zijn actief ruim volstaat voor het vergoeden van alle schuldeisers en dat door een verificatie door de rechtbank wordt bevestigd, kan de rechtbank op verslag van de rechter-commissaris de curator opdragen om onder diens leiding of de leiding van een derde, de bedrijfsactiviteit van de gefailleerde verder te zetten (5). Deze

(1) Zie over het akkoord na faillissement: art. 509 e.v. W.v.K.; A. CLOQUET, Novelles, nrs. 2394 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 624 e.v., nrs. 1708 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 155; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 364 e.v., nrs. 2838 e.v.

(2) Art. 528 W.v.K.; A. CLOQUET, Novelles, nrs. 2541 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 663, nr. 1760 en p. 666 e.v., nrs. 1764 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 155 e.v. en J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 380 e.v., nrs. 2866 e.v.

(3) In 1972 werden 1048 faillissementen afgesloten, 23 door een akkoord na faillissement, 488 door vereffening, en 514 bij gebrek aan activa; 23 werden herroepen. Gerechtelijke Statistieken, 1977/2, p. 21.

(4) Zie in dit verband de suggesties in de nrs. 716 tot 718.

(5) Art. 475 W.v.K.; A. CLOQUET, Novelles, nrs. 2248 e.v.; .../...

opdracht geldt slechts tot de vergadering van de schuldeisers, waar beslist wordt over de wijze waarop het faillissement zal worden afgewikkeld.

742. Ook wanneer de schuldeisers een voorstel tot akkoord dat het (tijdelijk) handhaven van de onderneming voorziet, overwegen, kunnen zij de curator of een derde onder toezicht van de curator, opdragen de ondernemingsactiviteit verder te zetten (1). Van deze mogelijkheid zou eerder zelden gebruik worden gemaakt. Zij verhoogt nochtans de kans op het verkopen van heel de onderneming of van takken van de onderneming bij de vereffening aan kandidaat-kopers die zelf onder een nieuwe leiding de ondernemingsactiviteit plannen verder te zetten.

743. Wel wordt deze regeling in belangrijke mate ontkracht door andere vereffeningregels. Inzake de roerende goederen kan de curator vrij het tijdstip voor, en de modaliteiten van de vereffening bepalen. Hij behoeft voor de transactie ook geen machtiging van de rechter-commissaris (2). Maar inzake onroerende goederen geldt als grondregel dat zij openbaar verkocht moeten worden,

(5) ./.. L. FREDERICQ, o.c., II, p. 595, nr. 1676; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 149. Zie met name de daar vermelde en al eerder besproken uitspraak waarin aan een werknemerscomité de machtiging wordt gegeven om de ondernemingsactiviteit verder te zetten onder toezicht van de curator (Nijvel, 14 december 1974, J.T. 1975, 428). Zie verder ook: J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 346, nr. 2807.

(1) Art. 529 W.v.K. Zie A. CLOQUET, Novelles, nr. 2501; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 664, nrs. 1762 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 381, nr. 2867.

(2) Zie art. 528 W.v.K. Zie hierover: A. CLOQUET, Novelles, nrs. 2555 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 669 en p. 667 e.v. inzake het innen van de vorderingen; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 155 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 382 e.v., nrs. 3868 e.v.

en dat de procedure hiertoe ingezet moet worden binnen de acht dagen na het verwerpen of ontbinden van een akkoord. Voor een verkoop is ook de machtiging van de rechter-commissaris vereist. De termijn is niet gesanctioneerd, maar het principe van de openbare verkoop is van openbare orde (1). Toch kan het belangrijk zijn dat de curator niet alleen over enige vrijheid beschikt bij het bepalen van het ogenblik waarop onroerende goederen te koop worden aangeboden. In sommige gevallen kan ook een verkoop uit de hand te verkiezen zijn boven een openbare verkoop wanneer men een maximale prijs wil krijgen. Bij een verkoop uit de hand kan ook gemakkelijker een overnemer worden gezocht voor een deel van de onroerende goederen, samen met een deel van de bedrijfsactiviteit en de daarvoor nuttige roerende goederen (2). Zowel als een zo groot mogelijke kans te behouden op een behoud van een deel van de ondernemingsactiviteit, als om de aanwezige activa in zo gunstig mogelijke omstandigheden te vereffenen, verdient het daarom aanbeveling een herziening van de regeling in art. 564 W.v.K. te overwegen. Daarbij kan in de faillissementswet het principe van een openbare verkoop binnen een periode van bijv. zes maanden na het verwerpen of ontbinden van een akkoord worden gehandhaafd. Maar aan de rechter-commissaris kan de bevoegdheid worden gegeven om aan de curator afwijkingen van deze regel toe te staan.

744. Bovendien wordt een beleid dat erop gericht is activa op een zo gunstig mogelijk ogenblik te gelde te maken, en zo mogelijk takken van een onderneming in hun geheel over te dragen, doorkruist door de regeling inzake de bevoorrechte schuldeisers. Zij die in eerste orde een voorrecht of een hypotheek hebben op onroerende goederen, kunnen ook vóór het verwerpen of vernietigen van een akkoord

(1) Zie art. 564; zie hierover verder, A. CLOQUET, Novelles, nrs. 2561 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 670 e.v., nrs. 1770 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 155 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 382, nr. 2869.

(2) Zie o.a. A. CLOQUET, Novelles, nr. 3000.

de verkoop van deze onroerende goederen vorderen (1). Na het afsluiten van het proces-verbaal van de schuldvorderingen kunnen bovendien de schuldeisers met een bijzonder voorrecht op roerende goederen, en volgens Frédéricq, zelfs de schuldeisers met een algemeen voorrecht op roerende goederen, de verkoop vorderen van de goederen waarop hun voorrecht is gevestigd (2). Eerder werd al gesteld dat een ordelijke vereffening haast onhaalbaar is wanneer de stelling van Frédéricq wordt bijgetreden. Maar het verdient bovendien aanbeveling om, respectievelijk vanaf het uitspreken van een faillissement of het afsluiten van het proces verbaal van verificatie van de schuldvorderingen, de curator de bevoegdheid te geven om telkens voor een periode van zes maanden met machtiging door de rechtbank het schorsen te bevelen van elke tenuitvoerlegging op onroerende goederen door de houders van een bijzonder voorrecht of een hypotheek. Daarna dient de curator bevoegd te zijn om met de machtiging van de rechter-commissaris, én de instemming van de bevoorrechte of hypotheekhoudende schuldeisers, de onroerende goederen zelf te realiseren (3). Het invoeren van een dergelijke vordering zal ongetwijfeld op grote weerstand stuiten bij wie een vlot realiseren van voorrechten of hypotheeken essentiëel acht voor een gezonde kredietverlening. Het schorsen van de tenuitvoerlegging mag ook geen regel worden. Daarom wordt voorgesteld om een machtiging van de rechtbank zelf te vergen. De curator dient evenwel wanneer hij van oordeel is dat er een ernstige kans bestaat dat een deel van de onderneming nog als een

(1) Zie nr. 547; volgens Cloquet en Frédéricq kan na die datum allen de curator de verkoop opdragen volgens de in nr. 743 beschreven procedure: zie A. CLOQUET, Novelles, nr. 1435 en L. FREDERICQ, o.c., II, p. 773, nr. 1887. Van Ryn en Heenen zijn daarentegen van oordeel dat na die datum de meest gerede partij tussen de hypotheekhoudende of bevoorrechte schuldeiser of de curator de verkoop kunnen bevelen: J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 305, nr. 2761.

(2) Zie nr. 548.

(3) Een dergelijke bevoegdheid is nu al voorzien in art. 564, 2° lid: inzake een voor het uitspreken van een faillissement ingezette tenuitvoerleggingsprocedure op onroerende goederen, zij het op voorwaarde dat de .../...

'going concern' tegen voor de massa gunstige voorwaarden kan worden verkocht, indien onroerende goederen deel kunnen uitmaken van het aangeboden pakket, over de mogelijkheid te beschikken om een verkoop uit te stellen tot hierover een beslissing is genomen. Opdat ook de bevoorrechte of hypotheekhoudende schuldeisers zich over dit voorstel uit zouden kunnen spreken, is vereist dat de bevoorrechte schuldeisers in zoverre het voorstel de overdracht van onroerende goederen betreft waarop zij bevoorrecht zijn, aan de stemming deel kunnen nemen zonder afstand te doen van hun voorrecht. De voorrechtenregeling wordt daarbij het best gerespecteerd wanneer art. 512 en 513 W.v.K. zo gewijzigd wordt, dat indien het voorstel van akkoord de vervreemding voorziet van onroerende goederen waarop de tenuitvoerleggingsprocedures worden geschorst, dit deel van de voorstellen alleen kan worden aangenomen wanneer de schuldeiser die drie vierden van de in eerste rang bevoorrechte vorderingen vertegenwoordigen, met deze voorstellen instemmen. Men mag er immers van uitgaan dat een verderzetten van de bedrijfsactiviteit ook de belangen van de schuldeisers dient, of zij althans geen reden hebben om het tegendeel te veronderstellen en dus geen aanspraak kunnen maken op een vereffening wanneer nog andere formules mogelijk zijn (1). Bovendien worden hun belangen beschermd door art. 451, waarin bepaald wordt dat de intresten op de (vermelde) bevoorrechte vorderingen blijven lopen voor zover zij verhaald kunnen worden op de opbrengst van de activa waarop de voorrechten zijn gevestigd, terwijl de intresten op andere vorderingen niet langer lopen na het vonnis waarin het faillissement wordt uitgesproken.

(3) ./.. goederen in dezelfde vormen laat verkopen: zie nr. 547.

(1) Zie nr. 117 en derde voetnoot onder nr. 779.

B. Het gerechtelijk akkoord

745. De regeling die van toepassing is bij een gerechtelijk akkoord laat zeker in dezelfde mate toe om de ondernemingsactiviteit verder te zetten. Het akkoord dat een verder exploiteren van de onderneming kan voorzien, dient evenwel goedgekeurd te worden door de meerderheid van de schuldeisers die door hun niet-betwiste of aanvaarde vorderingen ten minste twee derden van de schuldenlast vertegenwoordigen (1). Omdat wie om een gerechtelijk akkoord verzocht of het verkregen heeft, het beheer over zijn goederen niet verliest, hoeven geen bijzondere bepalingen te worden voorzien om het verderzetten van de ondernemingsactiviteit tijdens de duur van de procedure mogelijk te maken.

746. Inzake de goedkeuring van de vorderingen en de omvang van het verhaalsobject geldt een regeling die ingrijpend verschilt van deze die bij faillissement van toepassing is. Bij een gerechtelijk akkoord kunnen de ingediende vorderingen zoals in een faillissementsprocedure worden betwist op grond van de algemene bepalingen betreffende de tegenstelbaarheid van vorderingen (2). Maar het aanvaarden van een vordering houdt nog geen uitspraak in over de grond van de betwisting. Het laat alleen de schuldeiser toe tot de stemming. Over de grond van de betwisting kan alleen worden geoordeeld door de voor die vorderingen normaal bevoegde rechter. De procedure van het gerechtelijk akkoord voorziet ook geen verdachte periode noch bijzondere bepalingen die toelaten sommige vorderingen uit het passief te weren.

(1) Zie bijv. het ontwerp van de Benelux-Commissie voor de eenmaking van het faillissementsrecht, waar eenzelfde meerderheid wordt voorgesteld voor het akkoord na faillissement en het gerechtelijk akkoord.

(2) Zie art. 14, 17, 2°, 19 en 22 RB. 25 september 1946; A. CLOQUET, Novelles, nr. 766; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 935, nr. 2099; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 131; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 413, nrs. 2922 e.v.

747. De omvang van het verhaalsobject is ook beperkt tot het vermogen van wie om een akkoord verzoekt. Wanneer de schuldeisers dit ontoereikend oordelen en menen aanspraak te kunnen maken op een ruim verhaalsobject, dienen zij andere debiteurs aan te spreken. Wanneer zij een beroep doen op hun aansprakelijkheid, hun vordering gegrond wordt geoordeeld, en ook deze debiteurs insolvent zijn, kunnen ook zij om een akkoord verzoeken of failliet worden verklaard. Bij ontbreken van uitdrukkelijke bepalingen, kan een gerechtelijk akkoord omdat er om verzocht moet worden, niet worden uitgebreid tot andere debiteurs. Wanneer schuldeisers over een rechtstreekse vordering tegenover andere debiteurs beschikken, stellen zij die vordering evenwel in hun eigen voordeel in. De verruiming van het verhaalsobject komt dus niet in gelijke mate te goede aan de verschillende schuldeisers tenzij de vordering wordt ingesteld door wie het akkoord verkregen heeft. Bovendien kan het verhaalsobject alleen worden uitgebreid ten belope van een aantoonbare schade, en strekt nooit heel het vermogen van de aangesproken debiteurs tot verhaalsobject van de schuldeisers in het akkoord. Praktisch kan het daarom te verklaren zijn dat de schuldeisers (of de rechtbank) wanneer zij een uitbreiding van het faillissement mogelijk achten, het gerechtelijk akkoord weigeren, om daarna eventueel een akkoord na faillissement toe te staan. Vermits de schuldeisers dikwijls moeilijk kunnen oordelen over de mogelijkheid om een faillissement uit te breiden, verdient het aanbeveling dat de rechter-commissaris deze vraag onderzoekt en daarover verslag uitbrengt aan de rechtbank en de vergadering van de schuldeisers. Problemen inzake de universaliteit van het akkoord zijn daarentegen minder waarschijnlijk, omdat een akkoord de actieve medewerking van de debiteur veronderstelt.

748. Bij het vergelijken van de maatregelen die bij een gerechtelijk akkoord genomen kunnen worden, met de maatregelen die genomen worden bij een faillissement, moet ook rekening gehouden worden met het verschil in uitwerking tussen beide. Een gerechtelijk akkoord werkt niet bevrijdend (1). Een akkoord na faillissement bevrijdt de schuldenaar daarentegen definitief van alle vorderingen waarvan de schuldeisers afstand deden in het akkoord (2). Het gerechtelijk akkoord voorziet dus niet alleen een minder strenge selectie van de vorderingen, maar organiseert eigenlijk een moratorium voor de niet weerhouden vorderingen, en de vorderingen waarvan 'afstand' werd gedaan. Uit deze regeling

(1) Zie art. 34 R.B. 25 september 1946.

(2) Zie art. 518 W.v.K. Zie over het brvbreemdende in deze regeling vnl. A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 40 e.v.

volgt dat de toekomst van een onderneming die door een akkoord opnieuw een kans krijgt, gehypothekeerd blijft met vorderingen die de schuldeisers naar goedgevoelen opnieuw kunnen instellen. Gelet op de regeling die geldt bij een akkoord na faillissement, ware het nochtans mogelijk om de schuldeisers zelf de beslissing te laten nemen of zij een uitstel van betalingen, dan wel een gedeeltelijke vrijstelling wensen toe te staan.

749. Het gerechtelijk akkoord kan daarom niet beantwoorden aan al de rechtsbeschermingsbehoeften zoals die eerder werden geschetst. Dit is geen afwijzing van het akkoord. Omdat het alleen maar aanvaard kan worden met instemming van de schuldeisers die door het toelaten van vorderingen kunnen worden benadeeld, kan het normaal niet worden beschouwd als een inbreuk op hun rechten. Deze conclusie maakt het wel wenselijk om naast het akkoord een alternatieve procedure te handhaven.

§ 4. Sancties in faillissementsrechtelijke procedures

750. In nr. 114 werd er al op gewezen dat het faillissementsrecht altijd is beschouwd als een noodzakelijk instrument voor het beschermen van het geloof in de kredietwaardigheid van al wie deelneemt aan het economisch verkeer, door daartoe al wie zijn verbintenissen niet nakomt uit het handelsverkeer te weren. Het faillissement heeft daarom van oudsher een uitgesproken sanctie-karakter gehad (1). Vooral de laatste jaren werd wel voortdurend minder nadruk gelegd op het repressief karakter van het faillissement. Niet alleen wordt er meer aandacht geschonken aan de maatregelen ter voorkoming van faillissementen (2), het faillissement wordt zelf eerder beschouwd als een collectieve beslagprocedure om de verbintenissen af te wikkelen tussen de schuld-

(1) Zie hierover M. POLAK en N.J. POLAK, o.c., p. 6; I. CRUCHLEY, o.c., p. 1 e.v.

(2) Dit komt o.m. tot uitdrukking in de opbouw van het boek van A. CLOQUET in de Novelles, Droit Commercial, t. IV; en W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 120 e.v.

eisers en een debiteur die zijn verbintenissen niet langer kan nakomen (1). Ook nu heeft het evenwel nog zin dat maatregelen genomen kunnen worden tegen hen die niet in staat bleken om hun zaken te beheren zonder anderen te schaden. Om doeltreffend te zijn dienen deze maatregelen te waarborgen dat 'onbekwame' agenten in het economisch verkeer zoveel mogelijk worden opgespoord, en moeten zij toelaten hen een hernemen van hun commerciële activiteiten te beletten zolang moet worden gevreesd dat zij in de toekomst opnieuw dezelfde financiële moeilijkheden zullen kennen. Wanneer hun financiële moeilijkheden niet alleen het gevolg waren van toevallige omstandigheden of onbekwaamheid, maar veroorzaakt werden door als crimineel te kwalificeren handelingen, kan het bovendien wenselijk zijn strafsancties op te leggen (2). Het is niet mogelijk om in deze studie te onderzoeken wanneer financiële moeilijkheden een criminele oorzaak hebben, noch hoe dat misdadig gedrag moet worden beteugeld. Dit zou een grondig onderzoek vergen van het wezen van misdadig gedrag en de beteugeling ervan. Het moge volstaan dat zo er crimineel gedrag bestaat, dit ook kan voorkomen bij de leiding van een onderneming, en ondermeer kan leiden tot financiële moeilijkheden voor de onderneming.

751. Daarbij dient wel een duidelijk onderscheid gemaakt te worden tussen de onderneming en de personen die men meent te moeten sanctioneren wegens een aan hen toe te schrijven laakbaar gedrag. Het uitbreiden van de sanctie tot de onderneming, sanctioneert onvermijdbaar belanghebbenden waarvan men de belangen juist wil beschermen door het sanctioneren van hen die hun belangen op onrechtmatige wijze hebben geschonden. Wanneer de sanctie de leefbaarheid van de onderneming nog meer in gevaar brengt, schaadt dit al wie belang hebben bij een verderwerken van de onderneming, zoals de werknemers en velen van de schuldeisers. Zelfs

(1) Zie o.a. J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 199, nr. 2624, maar ook p. 201, nr. 2627 waar er op gewezen wordt dat het faillissement toch een repressief karakter heeft behouden.

(2) Zie nr. 113 waar gesteld werd dat in deze studie niet .../...

wanneer men de onderneming zou willen sanctioneren, kunnen te beschermen belangen buiten de onderneming worden geschaad, en groepen binnen de onderneming worden getroffen die, zoals de werknemers, wegens het vennootschapsrechtelijk ondernemingsbegrip nooit juridisch verantwoordelijk zijn geweest voor de koers die door de onderneming werd gestuurd. Vooral in kleine ondernemingen zal het weliswaar dikwijls moeilijk zijn om de ondernemingsleiding het recht te ontzeggen een onderneming te leiden zonder het verderbestaan van de onderneming in het gedrang te brengen (1).

A. Het faillissement

752. Zoals eerder uiteengezet verliest bij een faillissement de gefailleerde het beheer over zijn goederen tot de afsluiting van het faillissement. Daarnaast wordt hij ontzet uit een aantal rechten: hij verliest het recht recht op deelname aan verkiezingen en zijn verkiesbaarheid voor politieke mandaten zowel op gemeentelijk (2) provinciaal (3), als rijksniveau (4). Hij kan niet langer als jurylid worden aangeduid door een Hof van Assisen (5), als lekenrechter zetelen in een rechtbank van koophandel (6), noch partijen als raadsman bijstaan voor de rechtbank van koophandel of daar als gevolmachtigde verschijnen (7).

(2) ././. kan worden onderzocht in hoeverre het voorzien van strafsancties preventief faillissementen helpt vermijden.

(1) Zie A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 39 e.v. en W. VAN GERVAN, Ondernemingsrecht, p. 123 e.v.

(2) Art. 2 en 66 W. 4 augustus 1932, B.S. 12 augustus 1966.

(3) Art. 1 en 24 W. 21 oktober 1921, B.S. 24-25 oktober 1921, zoals gewijzigd door W. 26 juli 1948 en 11 augustus 1928.

(4) Art. 7, 2° en 227 K.B. 12 augustus 1928, B.S. 19 augustus 1928.

(5) Art. 217 Ger. Wb.

(6) Art. 205 Ger. Wb. ^{VAN} GERVEN geïnterpreteerd zoals de gelijkluidende tekst die van toepassing was voor de invoering van het Ger. Wb. Zie hierover A. CLOQUET, Novelles, nr. 1373. Opmerkelijk is dat geen gelijkaardige bepaling werd overgenomen betreffende de arbeidsrechtbanken.

(7) Art. 592 W.v.K.

Bovendien verliest de gefailleerde het recht op het uitoefenen van een aantal functies of activiteiten in het commercieel leven. Hij kan noch als bankier (1), noch als bedrijfsrevisor (2) optreden, en kan niet langer als wisselagent (3) optreden. Hij verliest het recht om in enige andere hoedanigheid op de beurs te verschijnen (4). Bovendien kan de gefailleerde niet langer worden aangesteld als beheerder-commissaris, zaakvoerder of lasthebber van een vennootschap op aandelen of een coöperatieve vennootschap, of zaakgelastigde van de vestiging in België van een buitenlandse vennootschap (5).

753. De periode waarvoor een gefailleerde ontzet wordt uit de vermelde rechten kan verschillen. De gefailleerde wordt in ieder geval in zijn rechten hersteld wanneer hij eerherstel verkrijgt. Om hiervoor in aanmerking te komen dient hij alle schulden te hebben afbetaald (6), en mag hij niet zijn veroordeeld wegens bedrieglijke bankbreuk, oplichterij, valsheid in geschriften en gelijkaardige misdrijven (7). Over het verzoek wordt geoordeeld door het Hof van Beroep van het rechtsgebied waarin de gefailleerde woont, op advies van de procureur-generaal. De procureur-generaal vraagt om inlichtingen aan de procureur des Konings

(1) Art. 7 K.B. 9 juli 1935, B.S. 10 juli 1935.

(2) Art. 4 W. 22 juli 1953, B.S. 1 september 1953.

(3) Art. 71, 1° W.v.K.

(4) Art. 592 W.v.K.

(5) Art. 1 K.B. nr. 22 van 21 oktober 1934, B.S. 27 oktober 1934. Zie meer uitgebreid hierover: A. CLOQUET, Novelles, p. 425 e.v., nrs. 1369 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 578 e.v., nrs. 1550 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 140; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 226 e.v., nrs. 2663 e.v.

(6) Art. 586 W.v.K.

(7) Art. 591 W.v.K.

en de voorzitter van de rechtbank van koophandel van het rechtsgebied waarin de gefailleerde woont, en dat waar het faillissement werd uitgesproken. Om alle belanghebbenden de gelegenheid te geven verzet aan te tekenen tegen het verzoek, wordt het verzoek gedurende twee maanden aangeplakt op verschillende publieke plaatsen, en worden uittreksels gepubliceerd in kranten. Wanneer dan blijkt dat aan de voorwaarden voldaan is, dient het eerherstel te worden toegekend (1).

754. Deze gevolgen heeft een faillissement alleen voor de gefailleerde zelf. Hieruit volgt dat deze sanctieshaast nooit van toepassing kunnen zijn wanneer de gefailleerde een vennootschap is: rechtspersonen kunnen niet worden ontzet uit politieke rechten kunnen niet aangeduid worden als consulaire rechters, enz... Het is wel denkbaar dat een vennootschap wordt aangeduid als lasthebber, of om de toelating zou verzoeken om haar activiteiten tot bankverrichtingen te mogen uitbreiden. Telkens wanneer de opgelegde sancties daarbij hinderlijk worden, kunnen de beheerders en aandeelhouders evenwel hun toevlucht nemen tot het oprichten van een nieuwe vennootschap waarin de oude wordt ingebracht, of tot het fusioneren, of omvormen van de vennootschap, waardoor het praktisch resultaat van de aan vennootschappen opgelegde sancties te verwaarlozen blijft. Beheerders en zaakvoerders worden alleen uit de vermelde rechten ontzet wanneer zij ook zelf samen met de onderneming die zij leiden, failliet verklaard worden (2). Uit deze regeling volgt dat deze sancties vrijwel zonder gevolg blijven wanneer het faillissement van een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid wordt uitgesproken (3). Zij helpen

(1) Art. 587 tot 590 W.v.K.; zie verder A. CLOQUET, Novelles, nrs. 2777 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 841 e.v., nrs. 1968 e.v.

(2) J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 217, nr. 2666.

(3) Zie over het faillissement van een V.O.F. en haar vennoten: A. CLOQUET, Novelles, nrs. 2800 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 853 e.v., nrs. 1987 e.v.; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 137 e.v.

dan ook niet vermijden dat de verantwoordelijken voor het beheer van een gefailleerde vennootschap, hun activiteiten onmiddellijk hernemen in een andere vennootschap.

B. Bankbreuk en bedrieglijke bankbreuk

755. Naast de eerder besproken sancties die eigen zijn aan het uitspreken van het faillissement, voorzien het Wetboek van Koophandel en het Strafwetboek bovendien procedures en sancties wegens bankbreuk of bedrieglijke bankbreuk. Bankbreuk kan worden omschreven als een faillissement waarbij bepaalde 'verzwarende omstandigheden', die vermoed worden het faillissement mee te hebben veroorzaakt, als een misdrijf worden beschouwd. De bestanddelen van een bankbreuk of bedrieglijke bankbreuk worden omschreven in de artikelen 573, 574 en 577 W.v.K. Al wie voldoet aan de voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement, moet volgens art. 573 W.v.K. schuldig verklaard worden aan bankbreuk wanneer de persoonlijke uitgaven en de uitgaven voor het gezin buitensporig worden geacht, geld werd verspeeld door onverantwoorde transacties, gepoogd werd het faillissement uit te stellen, fictieve uitgaven werden geboekt of uitgaven niet verantwoord werden, of een schuldeiser ten nadele van de massa werd bevoordeligd nadat de onderneming ophield te betalen. De veroordeling is facultatief wanneer zij opnieuw failliet werd verklaard zonder de verbintenissen uit een vroeger akkoord te hebben nagekomen, bepaalde informatieverplichtingen opgelegd in art. 69, 440 of 441 niet werden nageleefd, de gefailleerde zonder toestemming of zonder verhinderd te zijn is weggegaan of niet verscheen wanneer hij door de rechter-commissaris of de curator werd opgeroepen, of zonder tegenprestatie verbintenissen aangaang voor anderen die niet in verhouding waren tot zijn mogelijkheden. Wie wegens eenvoudige bankbreuk veroordeeld wordt kan gestraft worden met een gevangenisstraf van één maand tot twee jaar (1).

(1) Art. 489 SWB. Zie verder L. FREDERICQ, o.c., II, p. 829, nrs. 1951-1952; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 389 e.v., nrs. 2882-2883.

756. Wanneer de onderneming in staat van faillissement de te voeren boekhouding heeft doen verdwijnen of heeft vervalst, activa werden verduisterd of bedrieglijk geldschulden erkend waartoe hij niet gebonden werd, wordt hij schuldig verklaard aan bedrieglijke bankbreuk (1). Hiervoor kan een veroordeling tot opsluiting worden uitgesproken (2).

757. De regeling inzake bankbreuk in het Wetboek van Koophandel en het Strafwetboek, voorziet niet alleen sancties voor de onderneming in staat van faillissement, maar ook voor al wie de gefailleerde bij bepaalde transacties heeft geholpen. Bij een veroordeling wegens eenvoudige bankbreuk zijn dit al wie goederen heeft verborgen of als heler optrad, overdreven of fictieve vorderingen bevestigde, voor zichzelf voordelen bedingt ten nadele van de massa, evenals de curator die zich schuldig maakte aan ontrouw in zijn beheer (3). Deze personen worden gestraft met dezelfde straffen als wie wegens eenvoudige bankbreuk veroordeeld werd, en kunnen bovendien worden veroordeeld tot teruggave en schadeloosstelling van de massa, of tot geldboeten ten belope van de onwettig bedongen voordelen volgens art. 575 W.v.K. Het Strafwetboek voorziet bovendien de mogelijkheid om een geldboete op te leggen van honderd tot drieduizend frank (4). Bij bedrieglijke bankbreuk worden wie de daden die tot een veroordeling wegens

(1) Art. 577 W.v.K.

(2) Art. 489 SWB. Zie verder L. FREDERICQ, o.c., II, p. 833, nr. 1954; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 391, nr. 2884.

(3) Art. 575 W.v.K.

(4) Art. 490 SWB. Zie ook art. 490 bis ingevoerd bij art. 3/143 W. 10 oktober 1967, B.S. 14 november 1967 tot invoering van het Ger. Wb. waarbij gevangenisstraf van één maand tot twee jaar en een geldboete van 100 tot 3000 BF voorzien wordt voor al wie zich schuldig maakt aan handelingen die tot een veroordeling wegens bankbreuk kunnen leiden, maar niet aan de andere voorwaarde daartoe. Volgens sommige uitspraken en volgens Van Ryn en Heenen kunnen al wie aan de voorwaarden daartoe beantwoorden, wegens de algemene strafrechtelijke regels bovendien als mededader of medeplichtigen worden veroordeeld: J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 392, nr. 2886; - Gent, 5 juni 1953, J.T. 1953, 6189.

bedrieglijke bankbreuk hebben geleid, uitlokten, vergemakkelijkt of voltooiden volgens een uitdrukkelijke bepaling, als mededaders of medeplichtigen gestraft (1). Belangrijk in deze context is, dat wanneer een vennootschap zich schuldig maakte aan de daden waaruit een veroordeling wegens bankbreuk kan of moet volgen, de straffen opgelegd kunnen worden aan de fysische personen die als orgaan van de vennootschap zijn opgetreden (2).

758. In tegenstelling tot de sancties die opgelegd worden bij een faillissement, kunnen, wanneer een onderneming failliet is verklaard, alle personen die de daartoe vereiste daden gesteld hebben, veroordeeld worden wegens bankbreuk of medeplichtigheid aan bankbreuk. De beheerders van vennootschappen zowel als zelfstandige handelaars, en zij die daarbij hebben geholpen zowel als de ondernemer zelf. Omdat deze strafsanctie noodzakelijkerwijze fysische personen treft, is ook het onderscheid tussen de onderneming en de fysische personen die zich aan laakbaar gedrag hebben schuldig gemaakt, in zoveel mogelijk gevallen te trekken. Dat de onderneming zelf niet gesanctioneerd wordt, moet niet worden betreurd. Het lijkt verdedigbaar dat ondernemingen als zodanig niet door strafsancties kunnen worden getroffen, maar dat de strafsancties alleen hen treft die zich in feite crimineel gedroegen, omdat alleen door een ingrijpen in de handelwijze van die individuele fysische personen het laakbare gedrag kan worden bestreden. Deze houding maakt de moeilijke vragen naar de strafbaarheid van rechtspersonen overbodig (3).

(1) Zie art. 478 W.v.K. en art. 66 en 67 SWB. Zie over de toepasselijkheid van art. 66 en 67 SWB, terwijl de tekst van art. 478 W.v.K. verwijst naar art. 60 SWB, noot onder art. 578 in J. RONSE, Wetboek van Koophandel. Zie verder voor eenvoudige en bedrieglijke bankbreuk: L. FREDERICQ, o.c., II, p. 832 e.v., nrs. 1953 en 1955, en p. 837 e.v., nrs. 1961 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 392 e.v., nrs. 2885 tot 2890.

(2) Zie Cass., 26 februari 1934, Pas. 1934, I, 180; Cass., 21 september 1964, Pas. 1965, I, 65. Zie verder L. FREDERICQ, o.c., II, p. 829, nr. 1948; J. RONSE, Wetboek van Koophandel, noot onder art. 573; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 388 e.v., nr. 2880.

(3)

Het uitsluitend voorzien van strafbepalingen voor fysische personen, volgt uit een consequent doortrekken van de opvatting dat het strafrecht eerder een bepaald gedrag viseert dan rechtstreeks een bepaald resultaat te beogen (1). In die context omvatten handelingen die strafbaar worden gesteld, naar men mag aannemen, de belangrijkste vormen van uitgesproken laakbare handelingen die tot een faillissement kunnen leiden, of de gevolgen ervan voor de schuldeisers of andere belanghebbenden kunnen verzwaren: uitgesproken wanbeheer (2) waarbij wel kan worden betreurd dat het niet voeren van de voorgeschreven boekhouding niet langer een grond is voor een veroordeling wegens eenvoudige bankbreuk (3)), en verduisteren van activa of bedrieglijk aanbrengen van passiva (4), of onrechtmatig bevoorstellen van sommige schuldeisers (5). Deze opvatting veronderstelt dat andere procedures zijn georganiseerd om de

(3) Zie hierover o.a. L. FRANCOIS, Remarques sur quelques questions de droit pénal social, particulièrement sur l'imputabilité, R.D.P. 1968-69, p. 489. In Nederland opteerde men na lange discussies, voor de strafbaarstelling van rechtspersonen. Zie hierover P.J. HUSTINX, Algemene bepalingen omtrent de strafbaarheid van rechtspersonen, AAe 26/1977, p. 46 e.v. Zie over een pleidooi in dezelfde zin ook J. D'HAENENS, De onderneming in het economisch strafrecht, Economisch en Financieel Recht Vandaag, I, p. 458 e.v.

(1) J. WILMART, La responsabilité des dirigeants et cadres d'entreprises au regard du droit pénal commercial, économique et financier, R.D.P. 1968-69, p. 519 e.v.

(2) Zie het onredelijk opdrijven van eigen persoonlijke uitgaven ten laste van de onderneming: art. 573, 1° W.v.K. en art. 490 bis, 1° SWB; verspelen van gelden: art. 573, 2° en 574, 1° W.v.K. en art. 490 bis, 2° SWB; ten nadele van de massa uitstellen van een faillissement: art. 573, 3° en 574, 4° W.v.K. en art. 490 bis, 3° SWB; ontrouw in beheer van curator: art. 575, 4° W.v.K.

(3) Zie art. 21 W. 17 juli 1975 waarin art. 574, 6° W.v.K. is opgeheven; zie nochtans voor een ander publiciteitsvoorschrift waarvan de niet naleving nog kan leiden tot een veroordeling wegens eenvoudige bankbreuk: art. 574, 3° W.v.K.

(4) Art. 573, 4°, 575, 1° en 2° en 577 W.v.K. en art. 490 bis, 5° SWB.

(5) Art. 573, 5°, 575, 3° W.v.K. en art. 490 en 490 bis, 5° SWB.

benadeelden een billijke schadevergoeding te verzekeren, en om desnoods te waarborgen dat een onderneming gedwongen wordt haar bedrijvigheid te staken indien zij zich niet kan conformeren aan de geldende bepalingen. Het voorzien van de sluiting van ondernemingen als strafsanctie, en niet als vrijwaringsmaatregel, lijkt evenwel strijdig met de opvatting dat het behoud van ondernemingen niet alleen het belang van de leden van deze onderneming, maar ook het algemeen belang dient (1). Wanneer men van oordeel is dat de werking van een onderneming moet worden gestaakt omdat een verder werken gevaarlijk wordt geacht, en niet omdat het gedrag van de bedrijfsleiding als laakbaar wordt beschouwd, dienen administratiefrechtelijke of andere, niet strafrechtelijke, bepalingen een bevel tot stopzetten mogelijk te maken. Op deze wijze kunnen niet alleen administratieve sancties een eigen plaats krijgen in het handhavingsapparaat, maar verhindert men vooral dat het strafrecht van zijn eigen opzet wordt afgewend (2).

759. De bepalingen inzake bankbreuk stellen nochtans een belangwekkend procedureprobleem. Als wanbedrijf of misdaad behoort de beteugeling van bankbreuk tot de bevoegdheid van de strafrechter, resp. de correctionele rechtbank of het Hof van Assisen (3), al wordt door de correctionaliseringspraktijk bedrieglijke bankbreuk evenwel ook door de correctionele rechtbank beoordeeld. Deze bevoegdheid sluit in dat de strafrechter soeverein oordeelt over alle bestanddelen van het misdrijf. Dit zijn natuurlijk de bijzondere

(1) Zie hierover nr. 117. Zie verder: J. STEENBERGEN, R.W. 1975-76, 2314.

(2) Zie hierover W. VAN GERVEN en J. STEENBERGEN, De procedures, de sancties en de rechtsbescherming zoals voorzien in het voorontwerp van wet, Bulletin I.I.C.C., juli 1977, p. 163; J. STUYCK, Misleidende reclame, T.P.R. 1976, p. 595 e.v.

(3) Zie art. 98 G.W. en art. 489 SWB alsook art. 179 Wb.Sv.

omstandigheden vermeld in Titel II Boek III Wetboek van Koophandel inzake bankbreuk. Maar dit veronderstelt ook dat de strafrechter bevoegd is om het faillissement van de beschuldigde vast te stellen, wat impliceert dat de strafrechter kan beslissen of de beschuldigde al dan niet handelaar is. In de artikelen 573 e.v. w.v.K. wordt immers gesteld dat alleen een gefailleerde wegens bankbreuk kan worden veroordeeld wanneer hij zich schuldig heeft verklaard aan bepaalde gedragingen. De strafrechter dient zelfs wanneer al een faillissement werd uitgesproken door de rechtbank van koophandel opnieuw soeverein te onderzoeken of voldaan is aan de voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement (1). Hieruit volgt dat de strafrechter het faillissement van een onderneming niet alleen kan vaststellen vóór de rechtbank van koophandel zich hierover uitsprak, maar ook wanneer de rechtbank van koophandel van oordeel was dat er geen faillissement uitgesproken diende te worden. De strafrechter kan ook omgekeerd tot het besluit komen dat de onderneming niet in staat van faillissement verkeert, terwijl de rechtbank van koophandel wel een faillissement uitgesproken heeft, of daarna uitspreekt. Deze mogelijkheid van tegenstrijdige uitspraken moet worden betreurd (2). In de besluiten van deze verhandeling zal daarom onderzocht worden

(1) L. FREDERICQ, o.c., II, p. 828, nr. 1948; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 318, nr. 2879.

(2) Zie in deze zin L. FREDERICQ, o.c., II, p. 828, nr. 1948. Zie daarentegen J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 387, nr. 2878, waar dit bezwaar ernstig maar niet doorslaggevend wordt genoemd. Het feit dat in de praktijk zo uiteenlopende uitspraken niet veel voorkomen doet evenwel geen afbreuk aan de vaststelling dat de kans op tegenstrijdige uitspraken beter zou worden uitgesloten. Het laat alleen toe te besluiten dat een aanpassing van het faillissementsrecht op dit punt niet tot de meest dringende hervormingen moet worden gerekend. Bovendien kan om principiële redenen ook het tweede argument niet overtuigen. Daarin wordt gesteld dat om het uitspreken van een faillissement in handelszaken en in strafzaken niet zondermeer met elkaar kan worden vergeleken, omdat in het eerste geval de gelijkheid van de schuldeisers moet worden beschermd, en in het tweede geval de strafrechtelijke aansprakelijkheid moet worden beoordeeld. De strafrechtelijke aansprakelijkheid lijkt eerder geapprecieerd te worden bij een beoordeling .../...

hoe de bevoegdheid in economische materies verdeeld kan worden tussen de strafrechter en de economische rechter.

760. Deze bevoegdheidsverdeling werkt door inzake het uitspreken van nietigheden. Volgens art. 579 W.v.K. is de strafrechter ambtshalve bevoegd om te bepalen dat de bedrieglijk ontvreemde goederen of rechten terug moeten keren in de failliete boedel, al is er niet noodzakelijk een faillissementsprocedure en dus niet altijd een als zodanig georganiseerde massa (1), om een schadevergoeding toe te kennen indien hij daarom wordt verzocht, en om de beoordeelde overeenkomsten tegenover alle betrokken partijen nietig te verklaren. Zoals Van Ryn en Heenen (2) opmerken, hoeven hierbij nog geen belangrijke bijkomende gevolgen te worden gevreesd van een eventuele discrepantie tussen de rechtspraak van de strafrechter en de rechtbank van koophandel. De betrokken overeenkomsten kunnen omwille van hun bij hypothese bedrieglijk karakter, altijd ook buiten een faillissementsprocedure nietig worden verklaard, en mogen dus niet worden verward met de overeenkomsten die op grond van art. 445 en 446 W.v.K. niet-tegenstelbaar kunnen worden verklaard. Toch kan hier de vraag worden gesteld of het vertrouwen van de tegenpartij niet kan worden beschaamd wanneer het bedrieglijk karakter van de transactie alleen volgt

(1) Hierbij kan worden opgemerkt dat de wetgever zich hier uitdrukkelijk uitspreekt over de interpretatie te geven aan de adagio in pari causa turpitudinis cessat repetitio. Zie hierover ook W. VAN GERVEN, Algemeen Deel, p. 418, die eenzelfde interpretatie voorstaat, en J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 399, nr. 2898.

(2) J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 398, nr. 2896.

(2) ./.. van de bijkomende omstandigheden die tot een veroordeling wegens bankbreuk kunnen of moeten leiden en waaruit moet blijken dat aan de bijzondere schuldvereiste is voldaan. Het lijkt daarentegen niet wenselijk dat het vaststellen van de staat van faillissement, zelfs in een procedure inzake bankbreuk, zou worden beïnvloed door een beoordeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de ondernemingsleiding.

uit de staat van faillissement, en de contractanten die niet hoefden te kennen of vermoeden op grond van de rechtspraak van de rechtbank van koophandel. Het is evenwel bijzonder verwonderlijk dat de strafrechter deze ambtshalve bevoegdheid zelfs bij vrijspraak behoudt, terwijl hij de bevoegdheid normaal niet heeft inzake de vorderingen van de burgerlijke partij (1). Als laatste punt dient hierbij te worden vermeld dat de rechter deze bevoegdheid ambtshalve heeft maar wanneer de burgerlijke partij om een nietigverklaring van bedrieglijke akten of overeenkomsten verzoekt, en de rechtbank van koophandel al een faillissement uitsprak, de zaak naar de rechtbank moet worden verwezen. Het verwondert dat waar de bevoegdheid van de strafrechter ongewoon verruimd is voor het beoordelen van vorderingen tot schadevergoeding en ambtshalve nietigverklaringen, voor het beoordelen van verzoeken tot nietigverklaring door de partijen, dan toch een oplossing wordt gekozen die meer de eenheid van het faillissement beklemt (2).

§ 5. Maatregelen die zonder instemming van de schuldeisers genomen moeten kunnen worden - het beheer met bijstand

761. Zoals vermeld werd in de nrs. 740 en 745, voorzien zowel de faillissementsprocedure als de procedure van

(1) Zie hierover behalve in art. 367 Wb. Sv. zonder commentaar op dit punt: J. VAN RYN en J. HEENEN, O.C., IV, p. 400, nr. 2900. Van Ryn en Heenen wijzen wel op een gevaar van tegenspraak tussen de beslissing om overeenkomsten wegens hun bedrieglijk karakter te vernietigen, of om dezelfde reden schadevergoeding toe te kennen, wanneer gelijktijdig geoordeeld wordt dat zij onvoldoende bedrieglijk zijn om een veroordeling wegens bankbreuk uit te spreken. Dit verwondert vooral wanneer het overeenkomsten betreft waarbij het uitspreken van die veroordeling niet facultatief is. Deze contradictie kan alleen worden vermeden wanneer de veroordeling wordt geweigerd omdat de betichte of zijn contractpartner niet in staat van faillissement is.

(2) Art. 580 W.v.K.

het gerechtelijk akkoord de mogelijkheid om tussen de betrokken partijen, of althans tussen de onderneming in moeilijkheden en de schuldeisers, een overeenkomst te sluiten die de onderneming toelaat verder te werken. Deze akkoorden kunnen evenwel niet tot stand komen zonder de medewerking van een belangrijke groep schuldeisers (1). Toch wordt sinds lang erkend dat het verderwerken van een onderneming van zo groot algemeen belang kan zijn, dat het niet langer aangewezen is om het bereiken van een oplossing afhankelijk te stellen van de instemming van de ondernemingsleiding (2) of van de schuldeisers (3). Anderzijds dienen de schuldeisers over waarborgen te beschikken dat hun belangen niet in een ongerechtvaardigde mate geschaad kunnen worden wanneer een zo belangrijke afwijking wordt georganiseerd van de algemene beginselen van het faillissementsrecht die volgens de vorige paragrafen voor een aanvaardbare rechtsbescherming van de betrokkenen vereist zijn. Daartoe is op de eerste plaats vereist dat een dergelijke procedure alleen kan worden aangewend tegenover ondernemingen waarvan de werking voldoende belangrijk is voor de economie van het land of een streek, om een afwijking van de gangbare regels te verantwoorden. Bovendien dient er een redelijke kans te bestaan dat de onderneming de moeilijkheden die geleid hebben tot het inzetten van een collectieve procedure, nog kan overwinnen. Alleen in dat geval kan het inzetten van een bijzondere procedure het sociaal-economisch evenwicht werkelijk helpen vrijwaren tegen een verdwijnen van de onderneming. Ook hebben de schuldeisers

(1) Zie art. 512 W.v.K. en art. 2, §1 R.B. 25 september 1946.

(2) Zie nr. 113 e.v. en nr. 438. Zie o.a. ook Voorz. Rb. v. Kph. Antwerpen, 17 juli 1958, 1.c.

(3) Zie bijv. de Franse procedure betreffende de suspension provisoire des poursuites, ingevoerd door de ordonnance nr. 820 van 25 september 1967. Zie hierover R. RODIERE, o.c., p. 349 e.v.

er dan meer belang bij dat de onderneming gered wordt, of kunnen zij althans minder aanspraak maken op een vereffenen van de onderneming (1). Tenslotte dienen de schuldeisers ook in de loop van de procedure toch zoveel mogelijk hun belangen te kunnen verdedigen. Mede om over een procedure te beschikken die de hier geschetste behoefte kan helpen beantwoorden, werd het ontwerp van wet inzake beheer met bijstand voorbereid, dat in de volgende alinea's getoetst zal worden aan deze criteria en de rechtsbeschermingsvereisten die eerder aan het faillissement en het gerechtelijk akkoord werden gesteld (2).

A. Toepassingsgebied

762. Artikel 1 van het ontwerp bepaalt dat een onderneming voor een beheer met bijstand in aanmerking kan komen wanneer zij al sinds enige tijd zo ernstige financiële moeilijkheden kent dat zij dreigt te verdwijnen, maar toch nog een herstel binnen een periode van drie jaar mogelijk lijkt, en het verdwijnen van de onderneming ernstige schade kan veroorzaken aan de economie van het land of van een streek. Om het toepassingsgebied van de procedure te beperken tot ondernemingen waarvan het verdwijnen de nationale of regionale economie kan schaden, wordt bepaald dat een onderneming ten minste vijftig werknemers dient te werk te stellen volgens de jongste aangifte aan de R.M.Z. Globaal beantwoorden deze bepalingen aan de criteria die in nr. 761 werden geformuleerd. Dat sommige elementen, zoals de

(1) Zie nr. 117 en 744.

(2) Op het ogenblik dat de redactie van deze verhandeling wordt afgesloten werd het ontwerp al goedgekeurd door de Kamer. Zie Parl. Hand. Kamer, 27 januari 1977. Zie voor de tekst Parl. Doc. Senaat, 1976-77, nr. 1030/1. Zie ook een vroegere regeling waarbij eenzelfde doel werd beoogd: W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 127 e.v. en vnl. J. MALHERBE, Idées Nouvelles, p. 85 e.v., en recenter, het wetsvoorstel van de heer Cooreman: Parl. Doc. Senaat, 1974-75, nr. 680/1.

ernst van de moeilijkheden, de kans op herstel en het belang van de onderneming, delicate interpretatieproblemen stellen, kan moeilijk vermeden worden. Zowel bij het bepalen van de ernst van de moeilijkheden als het beoordelen van de herstelkansen, is zowel voor deskundigen als voor de rechtbanken van koophandel een belangrijke taak weggelegd. Om de plaats van het beheer met bijstand in het faillissements-rechtelijk instrumentarium te bepalen, zal vooral het beoordelen van het belang van de onderneming voor de economie van het land of een streek (1) doorslaggevend zijn. Het zeer forfaitaire criterium van de tewerkstelling brengt prima facie ook ondernemingen binnen het toepassingsgebied van de procedure die te klein zijn opdat hun vorderingen het sociaal-economische evenwicht van een gebied ernstig zou beïnvloeden, terwijl het in uitzonderlijke gevallen de toepassingsdrempel misschien toch nog te hoog stelt (2). Bij besprekingen van het ontwerp blijken op dit punt de meest tegenstrijdige verwachtingen te bestaan. Indien het ontwerp aan de oorspronkelijke opzet wil blijven beantwoorden, zal de indruk vermeden moeten worden dat dit ontwerp een vernieuwd gerechtelijk akkoord brengt, dat voor alle ondernemingen beschikbaar dient te zijn, en waarvan het herstelplan niet zonder instemming van de schuldeisers tot stand mag komen (3). Een eerder ruime interpretatie kan daarentegen verdedigbaar zijn bij het beantwoorden van de vraag of het herstel van de onderneming een periode van drie jaar verwacht mag worden, al dient er daarbij rekening mee gehouden te worden dat het moratorium voor de schuldeisers slechts drie jaar kan duren (4).

(1) In dit verband moet worden betreurd dat het begrip 'streek', en vooral in de franstalige tekst 'économie régionale' wordt gebruikt, terwijl hiermee wellicht niet naar de région of het gewest uit de wet op de voorlopige gewestvorming wordt verwezen. Dit bezwaar werd vermeden in een amendement van de heer W. Claes die voor de franstalige tekst voorstelde: 'l'économie du pays, d'une région ou d'une partie d'une région, telle qu'elle figure au plan (Parl. Doc. Kamer, 1975-76, nr. 937/20, p. 1).

(2) Zie P. van OMMESLAGHE, Het ontwerp van wet betreffende het beheer met bijstand van wankelende bedrijven, rede voor de Unie der consulaire rechters van België, 8^o Congres, Bergen 7 mei 1977, nrs. 6 en 11.

(3) (4) .../...

763. Ondanks de noodzaak om een procedure inzake beheer met bijstand voor te behouden voor het redden van belangrijke ondernemingen met ernstige moeilijkheden, is een genuanceerde interpretatie evenwel vooral aangewezen bij het interpreteren van het vereiste dat het gevaar dient te bestaan dat de onderneming zal verdwijnen. Wanneer 'onderneming' hier geïnterpreteerd wordt overeenkomstig het in de volgende alinea besproken artikel 1, §2, kan de procedure alleen worden ingezet wanneer niet één exploitatiezetel, maar wel een volledige vennootschap met een al dan niet gedwongen vereffening wordt bedreigd. Bij zeer grote ondernemingen kan evenwel ook één vestiging al een belangrijke invloed hebben op het sociaal-economisch evenwicht van een streek. Het kan daarom niet wenselijk zijn om met het inzetten van een procedure te wachten tot zelfs na het sluiten van een exploitatiezetel, ook de overige activiteiten van een onderneming met verdwijnen worden bedreigd. Dit probleem was vermeden wanneer het arbeidsrechtelijk begrip onderneming werd aangenomen (1). In dat geval zou het nochtans niet alleen dikwijls moeilijk zijn om een juist beeld te krijgen van de financiële situatie van één exploitatie-

(3) Zie o.a. J. STEENBERGEN, Verslag studiedag CRIDE over het beheer met bijstand, R.W. 1976-77,

(4) Zie art. 15, §1, art. 24, § 2. Zie ook over deze termijnen P. van OMMESLAGHE, Het ontwerp van wet, nr. 13.

(1) Zie art. 14 W. 20 september 1948. Terloops kan hier worden opgemerkt dat het beheer met bijstand niet beschikbaar zou zijn geweest in de zgn. Prestige-zaak, vermits Prestige in Tessenderlo een exploitatiezetel was van Prestige Ltd. (U.K.) zonder eigen rechtspersoonlijkheid, en de vennootschap, met inbegrip van haar buitenlandse exploitatiezetels niet met verdwijnen bedreigd werd. De Prestige-zaak heeft nochtans mee geleid tot het huidige wetsontwerp. Zie over deze zaak verder: W. VAN GERVEN, R.W. 1976-77, 65 e.v.

zetel, maar zou er ook een gevaar bestaan voor het afwente-
len van de moeilijkheden van een exploitatiezetel op de
schuldeisers en andere betrokkenen, door vennootschappen die
zelf nog over de middelen beschikken om hun verbintenissen
na te komen. Daarom verdient het de voorkeur zowel de be-
dreiging met verdwijnen als het begrip onderneming genuan-
ceerd te interpreteren. De procedure kan dan bijv. van
toepassing zijn telkens een op zichzelf al erg belangrijke
vestiging of afdeling met verdwijnen wordt bedreigd, en de
vennootschap dit niet kan vermijden zonder andere, zelf ook
belangrijke vestigingen of afdelingen te sluiten. Bij het
beoordelen van de mogelijkheid voor een onderneming om zelf
een van haar vestigingen of afdelingen te saneren, of bij
het beoordelen van de mate waarin een vennootschap globaal
bedreigd wordt, kan rekening gehouden worden met de ver-
plichtingen van andere vennootschappen die bij een faillis-
sament gedeeltelijk aansprakelijk zouden kunnen worden ge-
steld voor het passief, of waartoe een faillissement zou
kunnen worden uitgebreid (1).

764. Het ontwerp van wet brengt een kleine maar wel-
kome verbetering in vergelijking met de faillissements-
wet in het aanduiden van de rechtsvormen van ondernemingen
waarop de procedure van toepassing kan zijn, waar in art.
1, §2 gesteld wordt dat de procedure van toepassing kan zijn

(1) F. 't KINT, Le projet de loi sur la gestion assistée,
rapport voor de studiedag die door CRIDE te Louvain-la-Neuve
werd ingericht over het beheer met bijstand op 22 december
1976, nr. 5, verdedigt een vergelijkbare opvatting door te
verwijzen naar de interpretatie in de Franse rechtspraak
van het begrip onderneming. P. van Ommeslaghe wijst erop
dat de Franse wetgeving een ander ondernemingsbegrip han-
teert, en daarom aan de Franse rechtspraak weinig argumen-
ten ontleend kunnen worden. Zie P. van OMMESLAGHE, Le
projet de loi, nr. 13. Deze opmerking moet hier worden bij-
getreden, maar de interpretatie van het begrip onderneming,
kan samen met de interpretatie van het met verdwijnen be-
dreigd worden van een onderneming, m.i. wel tot het hier
geschetste resultaat leiden. Zie voor de Franse regeling
art. 1 Ordonnance nr. 67-820 van 23 september 1967. Zie
hierover verder R. RODIERE, o.c., p. 351 e.v. Zie over de
rechtspraak op het hier besproken punt: R. HOUIN, Chronique
de jurisprudence sur les faillites, R.T.D.Comm. 1969, p.
166 e.v. Ook de Franse regeling beperkt de toepassingsge-
bieden van de procedure inzake de surséance des poursuites
volgens de in nr. 761 besproken criteria.

op handelaars, handelsvennootschappen, en andere vennootschappen die de vorm van een handelsvennootschap hebben aangenomen (1). Men is evenwel niet zover gegaan het toepassingsgebied van deze procedure ook naar de openbare sector toe te verruimen. Dit kan om de in nr. 78 vermelde redenen worden begrepen (2). De wenselijkheid om ook financiële instellingen en verzekeringsmaatschappijen waarvan de activiteit door bijzondere reglementeringen geregeld wordt, a priori uit het toepassingsgebied van de in het ontwerp voorgestelde procedure te sluiten, kan daarentegen worden betwist (3). Het moet ook worden betreurd dat geen uitdrukkelijke bepalingen zijn voorzien betreffende vennootschappen naar buitenlands recht.

765. Tenslotte moet worden opgemerkt dat het niet is uitgesloten dat een onderneming beroep doet op de procedure inzake beheer met bijstand wanneer zij eigenlijk in staat van faillissement is: het is immers niet uitgesloten dat een onderneming die haar betalingen gestaakt heeft, en waarvan het krediet wankelt, nog kan worden gered wanneer voldoende drastisch wordt ingegrepen, terwijl het anderzijds waarschijnlijk is dat het krediet wankelt wanneer een onderneming in zo ernstige moeilijkheden verkeert dat beroep kan worden gedaan op deze procedure. Ook een insolvable onderneming kan op deze procedure beroep doen. In dit geval bepalen art. 10, §1 en art. 39 dat geen faillissement kan worden uitgesproken tot het vonnis waarin het herstelplan wordt afgewezen of goedgekeurd, en zolang het beheer met bijstand duurt, behalve in dit laatste geval omwille van het niet betalen van nieuwe schulden.

(1) Een gelijkaardige bepaling komt ook voor in art. 1 W. 17 juli 1975 inzake de boekhouding en de jaarrekeningen.

(2) Vgl. ook hier art. 1 W. 17 juli 1975, waar wel van openbare instellingen sprake is. Zie hierover verder: J. STEENBERGEN, R.W. 1975-76, 757.

(3) Zie art. 1, §3.

B. Het collectief karakter van de procedure

766. Geschematiseerd neemt de rechtbank de volgende beslissingen waarbij vermeld wordt over welke beleidsmarge de rechtbank beschikt, en met welke belangen rekening kan worden gehouden:

1. het beslissen de procedures al dan niet verder te zetten: de rechtbank oordeelt hierover in het licht van het toepassingsgebied van de procedure na het horen van de onderneming, en een eerste onderzoek door een rechter in de rechtbank indien de onderneming niet zelf om de procedure heeft verzocht (1);

2. beslissingen betreffende de draagwijdte van het onderzoek door de rechtbank of de deskundige betreffende het overleggen van stukken e.d. (2);

3. het aanstellen van een gedelegeerde rechter (3), het aanstellen van een deskundige of een commissaris: de rechtbank kiest de deskundige en de commissaris uit een lijst die vastgesteld wordt bij een in de minister-raad vastgesteld Koninklijk Besluit dat genomen wordt na advies van de ministeriële comités voor gewestelijke aangelegenheden en op voordracht van de N.I.M. (4);

4. het aanvaarden van schuldvorderingen door de gedelegeerde rechter wanneer het plan een vermindering van de schuldenlast voorstelt (5): de rechter oordeelt overeenkomstig de bepalingen die de beoordeelde verbintenissen regelen;

(1) Art. 6.

(2) Art. 5, 13, 14.

(3) Art. 6, 21.

(4) Art. 8, 23.

(5) Art. 15, § 2.

5. het goedkeuren of verwerpen van het plan (1): de rechtbank oordeelt in functie van de toepassingsvoorwaarden van de regeling en na inzage van de opmerkingen van alle partijen in de zaak die tijdig werden ingediend; en beslissingen over het wijzigen of opheffen van het plan: idem (2);

6. het beoordelen van het beheer van de onderneming, de vergoeding van de leden van de organen van de vennootschap in moeilijkheden (3): de rechtbank oordeelt in functie van de aansprakelijkheid van de leden van de organen van de vennootschap en na het horen van de betrokken leden en de gedelegeerde rechter, resp. de draagkracht van de onderneming en de geleverde prestaties;

7. het beoordelen van een derden-verzet tegen het homologeren van een plan (4): de rechtbank oordeelt in functie van de argumenten van wie verzet aantekent, en van de elementen die bij het aanvaarden van een plan in aanmerking moeten worden genomen;

8. het bepalen van de handelingen waarvoor de onderneming een machtiging van de gedelegeerde rechter behoeft, en het beoordelen van het verzet tegen diens beslissingen (5);

9. het bepalen van de vergoeding van de deskundige en de commissaris door de voorzitter van de rechtbank van koop-handel (6); en het beslechten van alle andere geschillen betreffende het beheer met bijstand.

767. In de procedure is geen tussenkomst van het openbaar ministerie voorzien. Het openbaar ministerie kan ook niet om het inzetten van de procedure verzoeken. Dit moet worden betreurd, omdat soms het parket als eerste kennis kan

(1) Art. 16, 17, 19.

(2) Art. 26, 27.

(3) Art. 28.

(4) Art. 31.

(5) Art. 25.

(6) Art. 38.

krijgen van de moeilijkheden in een onderneming, en meer algemeen omdat wegens de bevoegdheden van het openbaar ministerie in een faillissementsprocedure of een vervolging wegens eenvoudige of bedrieglijke bankbreuk, een vlotte samenwerking met het parket in alle faillissementsrechtelijke procedures wenselijk is wanneer men wil vermijden dat bepaalde procedures alleen gekozen of vermeden worden omdat het parket de bevoegdheid mist om te verzoeken om het inzetten van die procedure (1).

1) ten aanzien van de onderneming in moeilijkheden

768. Het beheer met bijstand is in principe een gunstmaatregel voor de onderneming in moeilijkheden. Dit blijkt ondermeer uit het feit dat het beheer niet volledig aan de ondernemingsleiding onttrokken wordt. Wel kan de onderneming zich tot het vonnis over het aanvaarden of verwerpen van het herstelplan niet verarmen zonder de algemene, bijzondere, of zelfs gemotiveerde machtiging van de rechter-commissaris (2). Na het homologeren van het herstelplan is de onderneming door het plan gebonden, en kunnen bijkomende beperkingen worden opgelegd door de rechtbank (3).

769. Deze gunstbehandeling van de onderneming strekt zich niet noodzakelijk uit tot de bedrijfsleiding. Zij kunnen evenwel niet worden geschorst en vervangen zonder gehoord te worden (4). Tegen deze beslissingen kan geen verzet worden aangetekend, maar zij zijn vatbaar voor hoger

(1) Zie nrs. 692 e.v.; zie in dezelfde zin: P. van OMME-SLAGHE, Le projet de loi, nr. 11 en P. QUANJARD en T. BRESCH, Beschouwingen bij het wetsontwerp betreffende het beheer met bijstand (...), werkdocument U.F.S.I.A., Antwerpen 1976, p. 5 e.v. In een eerdere redactie van het ontwerp werd het openbaar ministerie wel gehoord: zie art. 5 Parl. Doc. Kamer, 1975-76, nr. 937/1.

(2) Zie art. 10, § 2 en 3, en de beperkingen van de draagwijdte van art. 10 in art. 11 betreffende lonen van arbeiders en bedienden.

(3) Zie art. 25.

(4) Zie art. 28, § 3.

beroep indien dit binnen de acht dagen na de kennisgeving van het vonnis wordt ingesteld (1).

770. Wanneer ondanks de verschilpunten in de procedures, het ontwerp inzake beheer met bijstand getoetst wordt aan de rechtsbeschermingseisen die bij het faillissement werden gesteld (2), kan worden vastgesteld wat volgt:

a. de onderneming, resp. de ondernemingsleiding worden gehoord en kunnen beroep aantekenen tegen de verschillende vonnissen al heeft dit beroep soms geen opschortende werking (3);

b. de onderneming kan zelf om het inzetten van de procedure verzoeken, en voorstellen inzake het herstelplan formuleren (4);

c. de onderneming beschikt wel over vorderingen tegen de deskundige of de commissaris, vermits zij niet uitgesloten wordt uit art. 18 en 38, en niet het recht verliest om in rechte op te treden (5).

2) ten aanzien van de aandeelhouders

771. Inzake de aandeelhouders moet terug verwezen worden naar de nrs. 768 e.v. omdat de onderneming vertegenwoordigd wordt door de normaal vertegenwoordigingsbevoegde organen. De rechtspositie van de aandeelhouders verschilt in belangrijke mate van deze in een faillissementsprocedure omdat zij het recht behouden om een actio mandati in te stellen.

(1) Art. 30.

(2) Zie nrs. 711 e.v.

(3) Zie art. 6, 13, 16, 17, 19, 26, 28, 30 en 32. Alleen tegen uitspraken in geschillen betreffende de uitvoering van de opdracht van de deskundige, en de voorlopige maatregelen inzake de voortzetting van de ondernemingsactiviteit tot de goedkeuring van hetplan, kan volgens art. 30 geen beroep worden aangetekend.

(4) Zie art. 2 en 17.

(5) Vgl. nrs. 713 e.v.

3) ten aanzien van de werknemers

772. Vooral de werknemers beschikken in de ontworpen procedure over een aanzienlijk versterkte rechtspositie. Zij worden, zoals in nr. 716 voorgesteld werd voor de faillissementsprocedure in de verschillende stadia van de procedure gehoord, behalve bij het beoordelen van het verzoek (1), en kunnen zelfs om het inzetten van de procedure verzoeken (2) en voorstellen betreffende het herstelplan formuleren (3). De werknemers worden vertegenwoordigd door de syndicale afvaardiging, of, volgens art. 2 en 16, door de ondernemingsraad, en volgens art. 13 en 26, door de werknemersvertegenwoordiging in de ondernemingsraad. Deze regeling is bevreemdend omdat de ondernemingsraad samengesteld is uit vertegenwoordigers van de werknemers en van de werkgever, en indien niet anders werd bepaald, alleen bij eenparigheid een beslissing kan nemen (4). De regeling voorzien in art. 13 en 26 verdient daarom de voorkeur (5).

773. Het ontwerp voorziet geen uitdrukkelijke bepalingen over de mate waarin de werknemers beroep kunnen doen op de in de tekst georganiseerde rechtsmiddelen. Men mag aannemen dat zij als partij in het geding beroep kunnen instellen tegen de vonnissen die op grond van het ontwerp kunnen worden uitgesproken, wanneer zij zelf om het inzetten van de procedure hebben verzocht. Het is minder duidelijk of zij partij zijn in het geding wanneer de

(1) Zie art. 6 en 7, 13, 17, 26.

(2) Art. 2. Om redenen die niet kunnen overtuigen (vgl. bijv. art. 24 W. 20 september 1948) wordt dit bevreemdend geacht door P. van OMMESSAGHE, het ontwerp van wet, nr. 15.

(3) Art. 17 en 26.

(4) Zie J. STEYAERT, Ondernemingsraad, A.P.R., Gent, 1975, nr. 162.

(5) De heer Claes stelde voor deze regeling te veralgemenen, maar dit amendement werd niet weerhouden. Zie Parl. Doc. Kamer 1975-76, 937/20, p.2.

procedure niet op hun verzoek werd ingesteld, en zij alleen werden gehoord volgens de regels die in de vorige alinea werden vermeld. Anderzijds volgt uit art. 29 waarin gesteld wordt dat geen verzet mogelijk is tegen de vonnissen en arresten waarvan sprake is in het ontwerp, en uit art. 1122, 3° Ger. Wb. waarbij schuldeisers uitgesloten worden uit het toepassingsgebied van de regels inzake derdenverzet, dat de werknemers geen verzet of derdenverzet kunnen aantekenen wanneer zij niet gehoord werden, en schuldeiser zijn. Wanneer zij niet werden gehoord en geen schuldeiser zijn, kunnen zij alleen derdenverzet aantekenen (1). Een regel zoals art. 473 W.v.K. die alle belanghebbenden toelaat verzet, en daarna eventueel beroep, aan te tekenen (2) ontbreekt. Het is daarom aangewezen de bepalingen inzake beroep zo te interpreteren dat ook voor al wie in de procedure gehoord dient te worden, beroep mogelijk is tegen de vonnissen en arresten die op grond van de in het ontwerp voorgestelde bepalingen worden geveld. Daarbij is belangrijk dat beroep mogelijk is voor al wie gehoord dient te worden, omdat anders wegens het uitsluiten van verzet geen enkel verhaalmiddel open staat voor schuldeisers die gehoord dienen te worden en niet werden gehoord.

4) ten aanzien van de schuldeisers

774. Ook de positie van de schuldeisers verschilt uiteraard aanzienlijk van de centrale rol die zij spelen in het afwickelen van een faillissementsprocedure (3). Zij verschilt eigenlijk weinig van deze van de werknemers: de schuldeisers

(1) Zie art. 31.

(2) Zie J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 222 e.v., nrs. 2659 en 2660.

(3) Zie ook nr. 761.

kunnen het initiatief nemen tot de procedure indien zij ten minste één derde van de schuldenlast vertegenwoordigen (1), en worden in de verschillende stadia van de procedure gehoord, behalve bij het beoordelen van een verzoek (2).

Wanneer het herstelplan een vermindering van hun vorderingen met maximaal 25% voorschrijft, is een procedure voorzien om alle schuldeisers op te roepen en te raadplegen. De rechtbank kan nochtans ook zonder de instemming van de schuldeisers tot een dergelijke vermindering beslissen (3). Deze bevoegdheid van de rechtbank werd door sommige commentatoren betreurd. Zij vrezen dat zo verregaande bevoegdheden de kredietverlening kunnen verstoren (4). Deze vrees lijkt eigenlijk wat voorbarig. Eerder werd al opgemerkt dat ook een te vlotte kredietverlening heel wat problemen stelt (5). Bovendien organiseert de voorgestelde regeling alleen één van de modaliteiten bij de afbetalingsregeling die gelden kan tijdens de duur van het moratorium. Artikel 35 voorziet immers dat de schuldeisers terug in al hun rechten treden na afloop van het beheer met bijstand. Het plan dient trouwens naar billijkheid rekening te houden met de belangen van alle betrokkenen (6). Inzake de rechtsmiddelen kan terug verwezen worden naar nr. 773.

(1) Art. 2. Hoe dit derde berekend dient te worden is niet duidelijk. Zie P. van OMMESLAGHE, Het ontwerp van wet, nr. 15.

(2) Art. 6 en 7, 13, 17, 26.

(3) Art. 15, §2 en 19, 2° lid.

(4) Zie o.a. P. van OMMESLAGHE, Het ontwerp van wet, nr. 10. Zie daarentegen minder sceptisch: F. 't KINT, Le projet de loi, p. 26.

(5) Zie nrs. 558 e.v.

(6) Art. 15, §1.

5) ten aanzien van het algemeen belang

775. In de nrs. 761 en 762 werd al gesteld dat vooral ter bescherming van het algemeen belang behoefte bestond aan een procedure die toelaat ook zonder de instemming van de schuldeisers herstelkansen te verlenen aan een onderneming, en dat het beheer met bijstand in principe aan deze behoefte kan beantwoorden. De rechtbank kan ambtshalve de procedure inzetten; ook de minister tot wiens bevoegdheid de streekeconomie behoort, kan om het inzetten van de procedure verzoeken (1). De deskundige dient bij het voorbereiden van het plan met deze minister en desgevallend de minister van arbeid en tewerkstelling overleg te plegen (2).

C. De aard van de te nemen maatregelen

1) het onderzoek van de vorderingen

776. Het ontwerp voorziet minder garanties om te verzekeren dat alleen gegronde vorderingen in aanmerking worden genomen bij het beoordelen van de financiële positie van een onderneming. Alleen wanneer een vermindering van de schuldenlast wordt overwogen, dient de rechtbank de ingediende vorderingen te onderzoeken (3). Deze regeling is niet zo verwonderlijk, aangezien het beoordelen van de schuldenlast behoort tot de opdracht van de deskundige (4).

2) de omvang van het verhaalsobject

777. Het ontwerp voorziet geen bepalingen betreffende de omvang van de activa die aangewend kunnen worden in het herstelplan. Aangenomen mag worden dat de deskundige kan voorstellen dat een herstel slechts mogelijk is wanneer sommigen, waartoe een faillissement zou kunnen worden uit-

(1) Zie art. 2.

(2) Art. 13.

(3) Zie art. 15, §2.

(4) Art. 13, 14.

gebreed, of die aansprakelijk geacht kunnen worden voor een deel van de passiva, een deel van de schuldenlast overnemen, of een deel van hun eigen vorderingen laten vallen. De besprekingen tot voorbereiding van het plan kunnen ook leiden tot het instellen van een van de in de nrs. 724 e.v. bedoelde vorderingen (1). In deze context is belangrijk dat de rechtbank leden van organen van de vennootschap, en wie in feite een onderneming bestuurt, tijdelijk kan schorsen (2). Het ontwerp voorziet dus evenmin bepalingen over de grenzen van de activa waarop in het herstelplan beroep kan worden gedaan. Hieruit volgt dat ten aanzien van de goederen van derden, die niet toebehoren aan de onderneming waarvoor een herstelplan wordt opgesteld, de gemeenrechtelijke regels gelden (3). Deze regeling biedt een voldoende bescherming, al moet het omwille van de gelijkvormigheid in de faillissementsrechtelijke procedures worden betreurd dat de bepalingen van art. 566, 567, 568, 570 en 571 W.v.K. niet werden overgenomen.

3) het onttrekken van het beheer aan de ondernemingsleiding

778. Zoals inzake het gerechtelijk akkoord (4), komt het logisch voor dat bij een beheer met bijstand niet altijd even drastische maatregelen worden getroffen als in een faillissementsprocedure om het beleid van de ondernemingsleiding te onttrekken. De in de nrs. 768 en 769 beschreven regeling biedt op dit punt een voldoende bescherming.

(1) Zie ook nr. 763.

(2) Zie art. 28 e.v.

(3) Zie hierover W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 147, met dien verstande dat ook op goederen die niet in natura aanwezig zijn geen beroep kan worden gedaan.

(4) Zie nr. 745.

4) de mogelijkheden om de onderneming te handhaven

779. De procedure inzake beheer met bijstand kan alleen ingezet worden wanneer er nog een kans bestaat om de onderneming te redden, en heel de procedure is er op gericht de onderneming te handhaven (1). In de nrs. 743 e.v. werd gesteld dat een grondig en systematisch saneringsplan maar kan worden opgesteld en uitgevoerd wanneer alle individuele vorderingen en ten uitvoerleggingen kunnen worden geschorst, en de auteurs van het plan dus over alle activa kunnen beschikken die de onderneming ter beschikking staan bij het ontplooiën van haar activiteit. Vooral een schorsen van de rechten van de bevoorrechte schuldeisers stuit evenwel op grote weerstand (2). Maar indien de houders van een bijzonder voorrecht of een hypotheek, en a fortiori de houders van een algemeen voorrecht op elk ogenblik de ten uitvoerlegging op bepaalde activa kunnen bevelen, beperkt dit evenwel in bijzonder hoge mate de mogelijkheden om een onderneming te saneren. In de optiek van deze procedure, en binnen de in nr. 761 aangegeven grenzen, is een moratorium dat zowel de bevoorrechte als de chirografaïre schuldeisers treft dan ook verdedigbaar, zoniet noodzakelijk. Daarbij moet toegegeven worden dat de bevoorrechte schuldeisers minder belang hebben bij een verderzetten van de ondernemingsactiviteit dan de chirografaïre schuldeisers, omdat zij meestal een belangrijker percentage van hun vordering kunnen recupereren in een vereffening (3). Maar het feit dat hun belang bij een verderzetten van de bedrijfsactiviteit geringer - maar soms nog altijd aanzienlijk - kan zijn, wordt gecompenseerd door het feit dat zij bij een

(1) Zie nr. 762.

(2) Zie o.a. F. 't KINT, Le projet de loi, p. 23 e.v. en P. VAN OMMESELAGHE, Het ontwerp van wet, nrs. 10 en 31 e.v.

(3) Zie in deze richting F. 't KINT, Le projet de loi, p. 26. Zie ook Gerechtelijke Statistieken 1972/2, p. 28 waaruit blijkt dat bij 488 onderzochte faillissementen in 1972 de verhouding tussen het uitgekeerd dividend en de passiva voor de chirografaïre schuldeisers 35.480.910 B.F. op 856.281.840 B.F. of 4,1 % bedroeg, en voor de bevoorrechte schuldeisers 170.439.778 B.F. op 1.343.039.887 B.F. of 12,6 %.

mislukken van de reddingsoperatie beter beschermd worden bij een vereffening. Bovendien moet opnieuw worden opgemerkt dat de vrees voor een verstoring van de kredietverlening beoordeeld moet worden tegen de achtergrond van de risico's die een te vlotte kredietverlening inhoudt (1). Het algemeen moratorium dat in het ontwerp wordt georganiseerd kan daarom in principe worden bijgetreden, vermits de procedure bovendien beantwoordt aan de in nr. 761 geformuleerde voorwaarden, het opstellen van het plan naar billijkheid rekening moet worden gehouden met alle betrokken beangen (2), en de betrokkenen worden gehoord (3). Het maken van een onderscheid tussen oude en nieuwe schulden waarbij het moratorium slechts geldt voor al bestaande schulden, en van een uitzondering voor de nog verschuldigde lonen, doet hieraan geen afbreuk (4), terwijl het schorsen van intresten, ontbindende en strafbedingen een logisch doortrekken van het moratorium kan worden genoemd (5). Wel moet met andere commentatoren worden betreurd dat het ontwerp niet een meer uitgewerkte regeling voorziet over het behoud van het voorrecht van de bevoorrechte schuldeisers tijdens het moratorium. Tijdens het beheer met bijstand worden hun aanspraken op een tenuitvoerlegging immers geschorst, zonder dat zij hun voorrecht verliezen, en na afloop van het moratorium hernemen zij dus hun rechten als bevoorrechte schuldeiser (6). Dit stelt

(1) Zie nrs. 558 e.v.

(2) Art. 15, §1.

(3) Zie nrs. 766 e.v. Zie inzake het moratorium art. 10, §1, art. 15, §1 en art. 24.

(4) Art. 11 en 12. Zie hierover P. VAN OMMESLAGHE, Het ontwerp van wet, nr. 30.

(5) Zie eerder contra: F. 't KINT (Le projet de loi, nr. 35) acht het bevreemdend dat een uitdrukkelijk ontbindend beding geschorst wordt terwijl niet wordt gesteld dat geen beroep kan worden gedaan op een stilzwijgend ontbindend beding. Dit onderscheid kan wellicht worden verklaard door het feit dat een beroep op een stilzwijgend ontbindend beding altijd een beroep op de rechter veronderstelt.

(6) Zie o.a. art. 35. Het Franse Hof van Cassatie formuleerde deze regel bij de interpretatie van het met de hier besproken regeling vergelijkbare art. 34 van de Ordonnance van 23 september 1967. Zie Cass. Fr., 11 oktober 1972 .../...

het probleem van het behoud van het voorwerp waarop het voorrecht gevestigd is. Dit probleem is het meest complex inzake een pand op een handelszaak (1). Maar omdat dit voorrecht bij definitie gevestigd is op een geheel van goederen waarvan de waarde fluctueren kan, brengt een ingreep in het kader van een beheer met bijstand eigenlijk geen fundamentele wijziging in de rechtspositie van de pandhouder. Inzake de schuldeisers met een bijzonder voorrecht of een hypotheek moet daarentegen worden betreurd dat het ontwerp geen regeling voorziet. Nu moet worden gehoopt dat de rechtspraak een interpretatie zal uitwerken naar het voorbeeld van de Franse rechtspraak. Het Franse Hof van Cassatie stelde dat het voorwerp van een voorrecht of een hypotheek alleen vervreemd mag worden met de instemming van de houders van het voorrecht of de hypotheek (2). Deze regeling kan worden aangevuld met een bepaling die oplegt bij vervreemding een bedrag gelijk aan het bevoorrecht deel van de ontvangen vergoeding te blokkeren ten gunste van de bevoorrechte schuldeisers (3). Zoals in nr. 748 werd vermeld, kan de regel dat een goedgekeurd herstelplan niet bevrijdend werkt, zelf het herstel van de onderneming in gevaar brengen. Deze regel lijkt hier nochtans eerder verdedigbaar dan bij het gerechtelijk akkoord, omdat bij een beheer met bijstand het herstelplan ook zonder de instemming van de schuldeisers door de rechtbank kan worden aangenomen.

(6) ./., besproken in Banque 1972, 1158 door L.M. MARTIN in R.T.D.C. 1973, p. 1011 door R. HOUIN. Zie ook Cass. Fr., 9 juli 1973, Banque 1973, 1160 noot van L.M. MARTIN.

(1) Zie F. 't KINT, Le projet de loi, p. 24.

(2) Zie het vermelde arrest Cass. Fr., 11 oktober 1972.

(3) Zie hierover F. 't KINT, Le projet de loi, p. 22 e.v. en P. van OMMESLAGHE, Het ontwerp van wet, nr. 32.

5) sancties

780. De strafbepalingen die het ontwerp voorziet sanctioneren alleen een niet-naleven van bepalingen die het ontwerp vootziet, een hinderen van de procedure, of een bedrieglijk misleiden van de beoordelende instanties. De procedure heeft zelf geen sanctie-karakter.

§ 6. Besluit

781. Bij een beoordeling van de in deze afdeling besproken procedures kan een onderscheid worden gemaakt tussen opmerkingen betreffende de globale organisatie van het faillissementsrecht, en detailopmerkingen waarin verbeteringen van de bestaande procedures worden voorgesteld.

A. Suggesties voor verbeteringen die aan de bestaande of ontworpen procedures kunnen worden aangebracht

1) betreffende de depistage en het faillissement

782. Bij wijze van besluit kan hier worden terug verwezen naar de volgende suggesties:

1. het organiseren van de informatie van de depistagediensten zoals voorgesteld in de nrs. 363 e.v.;

2. het organiseren van deze diensten en hun werkmiddelen zoals voorgesteld in nrs. 690 en 691, waarbij gelijktijdig een informele of precontentieuze procedure inzake beheer met bijstand wordt georganiseerd;

3. het aanvullen van de informatie van het ministerie van economische zaken met de inlichtingen vermeld in nr. 698;

4. een aanpassen van art. 437 en/of 440 W.v.K. betreffende het toepassingsgebied van de procedures zoals voorgesteld in nr. 705, en een uitbreiden van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht tot niet-handelaars zoals voorgesteld in nr. 108;

5. een aanpassen van art. 442, 453, 466, 475 en 504 W.v.K.; het verlenen van het recht aan de in nr. 716 bedoelde werknemersvertegenwoordigers om gehoord te worden bij het nemen van

de in nr. 708/1, 3, 4, 6 en 7 opgesomde beslissingen zoals voorgesteld in nr. 716;

6. een wijzigen van art. 446 W.v.K. om de appreciatiebevoegdheid van de rechtbank te verruimen bij het beoordelen van een beroep op een uitdrukkelijk ontbindend beding of een beding van eigendomsvoorbehoud zoals voorgesteld in nr. 536;

7. een verlenen van de bevoegdheid aan de rechtbank om voorrechten en hypotheken niet tegenstelbaar te achten die tijdens de verdachte periode voor gelijktijdig ontstane vorderingen werden bedongen door een wijziging van art. 447 W.v.K., zoals voorgesteld in nr. 569;

8. het opnemen van een uitdrukkelijke bepaling over het uitbreiden van faillissementen zoals voorgesteld in nr. 730 (1);

9. het aanpassen van art. 470 en 487 W.v.K. aan de de suggesties in nr. 713 betreffende de omschrijving van de opdracht van de curator.

10. het aanpassen van art. 511-513 W.v.K. om de schuldeisers en de in nr. 716 bedoelde werknemersvertegenwoordigers en de curator, om op de in art. 509 W.v.K. bedoelde concordataire vergadering een akkoord of wijzigingen aan een voorgesteld akkoord voor te stellen en om de werknemersvertegenwoordiging zonder stemrecht qualitate qua aan de bespreking van deze voorstellen deel te laten nemen en eventueel verzet aan te tekenen indien zij niet gehoord werden, zoals gesuggereerd in de nrs. 713 en 716 tot 718;

11. een aanpassen van art. 564 W.v.K. om de curator bij vereffening een grotere vrijheid te verlenen bij het bepalen van de verkoopdatum en verkoopprijzen van onroerende goederen, zoals voorgesteld in nr. 743;

12. een uitdrukkelijk uitsluiten van de houders van een algemeen voorrecht uit het toepassingsgebied van art. 454 W.v.K. en het verlenen van de bevoegdheid aan de rechtbank om de curator te machtigen om ook het schorsen te bevelen van de ten uitvoerlegging door bevoorrechte en hypotheekhoudende schuldeisers op onroerende goederen, waarbij art.

(1) Zie ook nr. 794, 26.

513 W.v.K. aangepast dient te worden om de hypotheekhoudende en bevoorrechte schuldeisers toe te laten te stemmen over een voorgesteld akkoord inzake de goederen waarop zij bevoorrecht zijn, zonder afstand te doen van hun rechten, zoals voorgesteld in nr. 744;

13. het uitbreiden van de in het K.B. nr. 22 van 21 oktober 1934 voorziene vervallenverklaringen om de rechter de bevoegdheid te geven om deze uit te breiden tot daden van organen van een gefailleerde vennootschap.

2) betreffende het gerechtelijk akkoord

783. Samenvattend kan worden besloten dat de nu geldende procedure inzake het gerechtelijk akkoord in veel mindere mate aan de gestelde rechtsbeschermingscriteria beantwoordt dan de procedure die gevolgd dient te worden voor het verkrijgen van een akkoord na faillissement. Deze verschilpunten kunnen soms verantwoord worden wanneer men beslist het gerechtelijk akkoord te behouden als een bijzondere gunstmaatregel. Wanneer men bij een globale hervorming van het faillissementsrecht een meer centrale plaats wil toekennen aan het gerechtelijk akkoord, dan zijn meer ingrijpende wijzigingen evenwel aangewezen. Deze hypothese wordt verder besproken. Inzake het collectief karakter van het gerechtelijk akkoord, verdient het ook wanneer het akkoord als gunstmaatregel behouden blijft, aanbeveling de suggesties te weerhouden die in nr. 482 onder e en j werden geformuleerd. Het lijkt immers niet verantwoord omwille van de mogelijkheid om tussen de debiteur en de schuldeisers een akkoord te bereiken, niet langer gehoor te geven aan de andere betrokken partijen.

3) betreffende bankbreuk en bedrieglijke bankbreuk

784. Inzoverre deze procedure de rechten van de schuldeisers, en de werknemers van een onderneming betreffen, moet terug verwezen worden naar wat in nr. 782 inzake het faillissement werd opgemerkt. De belangrijkste rechtsbeschermingsproblemen die deze procedures oproepen volgen evenwel uit de bevoegdheidsregels die aan de rechtbanken

van koophandel en de strafrechters de bevoegdheid verlenen om respectievelijk een faillissementsprocedure in te zetten, en een procedure wegens bankbreuk of bedrieglijke bankbreuk waarbij ook in een collectieve procedure de verhoudingen tussen de beschuldigde en zijn schuldeisers worden geregeld. Het afwikkelen van de bedrijfseconomische moeilijkheden van een onderneming in een strafprocedure tegen de ondernemingsleiding werd ook strijdig genoemd met de tendens naar een verzelfstandiging van de onderneming ter bescherming van het algemeen belang. Daarom werd in nr. 758 bepleit de bepalingen inzake bankbreuk en bedrieglijke bankbreuk te herleiden tot strafbepalingen waarin bepaalde gedragingen van ondernemers of leden van organen van vennootschappen gesanctioneerd kunnen worden wanneer de onderneming die zij leiden failliet verklaard werd.

4) betreffende het beheer met bijstand

785. Betreffende het beheer met bijstand kan worden terug verwezen naar de volgende suggesties:

1. het voorzien van uitdrukkelijke bepalingen betreffende vennootschappen naar buitenlands recht, en exploitatiezetels of bedrijfstakingen van vennootschappen naar Belgisch of buitenlands recht, die individualiseerbare ondernemingen vormen, in de omschrijving van het toepassingsgebied van de ontworpen procedure zoals voorgesteld in nrs. 763 en 764;

2. het verlenen van de bevoegdheid aan het openbaar ministerie om om het inzetten van de procedure te verzoeken zoals voorgesteld in nr. 767;

3. het uitdrukkelijk bepalen dat de in art. 2 en 16 aan de ondernemingsraad verleende bevoegdheden aan de werknemersvertegenwoordiging in de ondernemingsraad worden verleend;

4. het opnemen van een bepaling waarin wordt gesteld in welke mate de werknemers en de schuldeisers beroep kunnen doen op de voorziene rechtsmiddelen, zoals besproken in nr. 773.

B. Suggesties betreffende de globale opbouw van het faillissementsrecht

- 1) de verschillende stadia in de rechtsbescherming bij ondernemingen in moeilijkheden

786. Samenvattend kan bij wijze van besluit worden gesteld dat de in dit hoofdstuk besproken collectieve procedures, onder voorbehoud van de in de nrs. 782 e.v. geformuleerde suggesties, een bevredigende rechtsbescherming bieden wanneer zij beoordeeld worden in het licht van de in de nrs. 10 en 42 geformuleerde toetsingscriteria, en de in het vorige hoofdstuk en de nrs. 674 vastgestelde rechtsbeschermingsbehoefte. Daarbij konden drie fasen worden onderscheiden in de behoefte aan collectieve procedures:

- a. maatregelen voor het opsporen van ondernemingen in moeilijkheden: hiervoor kan terug verwezen worden naar de suggesties die samengevat werden in nr. 699 en werden uitgewerkt in de nrs. 363 e.v. en 690 e.v.

- b. een informele procedure waarin de rechtbank toezicht kan houden op de ontwikkelingen in een (nog solvabele) onderneming in moeilijkheden (1) opdat alle belanghebbenden erop zouden kunnen vertrouwen dat hun belangen niet op een ongeoorloofde wijze worden miskend, op een gecoördineerde wijze beroep zou kunnen worden gedaan op alle rechtsmiddelen waarvoor de tussenkomst van de rechter vereist is, of waarbij de belangen van derden kunnen worden geschaad, zonder dat de ongunstige publiciteit die volgt uit het inzetten van een georganiseerde faillissementsrechtelijke procedure, en vóór het inzetten van een werkelijk collectieve procedure, noodzakelijk is geworden: zie over de behoefte hieraan de nrs. 598 en 690, en voor een voorstel be-

(1) Zie over de criteria voor het openen van een dossier, of het kwalificeren van een onderneming als onderneming in moeilijkheden: nr. 686.

treffende het organiseren van een dergelijke procedure:
nrs. 690 en 691;

c. een collectieve procedure waarin in overleg met de betrokken partijen, en met vrijwaring van de gelijkheid van de leden van eenzelfde belangengroep en een billijke verhouding tussen de betrokken groepen, de maatregelen die genomen kunnen worden en noodzakelijk zijn om de verbintenissen tussen de schuldeisers en een desgevallend insolvable debiteur te vereffenen, maar zo mogelijk de ondernemingsactiviteit althans ten dele te behouden: zie over de behoefte hieraan de nrs. 674 en 677 e.v., en voor een bespreking van het faillissement en het gerechtelijk akkoord de nrs. 702 e.v.;

d. een procedure die toelaat, bij wijze van vrijwaringsmaatregel, of als sanctie, ondermeer de leiding van ondernemingen in het economisch verkeer te weren: zie de bespreking van de sancties het faillissement, en de eenvoudige en de bedrieglijke bankbreuk in de nrs. 750 e.v.;

e. een procedure die toelaat de onder c bedoelde maatregelen ook zonder de instemming van de schuldeisers te nemen wanneer het belang van de onderneming voor het sociaal-economisch evenwicht van een streek zulks vereist: zie de bespreking van het beheer met bijstand in de nrs. 791 e.v.

788. Bovendien moet hier herinnerd worden aan de in de nrs. 593 e.v. en vnl. nr. 598 vermelde problemen bij het inpassen van de overheidssteun in de organisatie van de rechtsbescherming aan ondernemingen in moeilijkheden. Om op dit punt een meer bevredigende regeling te bereiken dan de in nr. 598 voorgestelde minimumoplossing, kan worden overwogen het toekennen van overheidssteun in één van de in de nrs. 599 e.v. besproken vormen afhankelijk te maken van het toezicht door de rechtbank van koophandel dat

kan worden georganiseerd zoals voorgesteld in de nrs. 690 en 691 (1).

789. Wanneer het faillissement en het gerechtelijk akkoord in het hier gevolgde schema bestudeerd worden in samenhang met de procedures of instrumenten die hen aanvullen in een meer prealabele fase (de depistagediensten) en in gevallen die een meer drastisch ingrijpen vergen (het beheer met bijstand of de bankbreuk), biedt het faillissementsrecht een meer gesystematiseerde aanblik dan veelal wordt aangenomen. Eigenlijk rijzen slechts op twee vlakken belangrijke problemen inzake de verhouding tussen de verschillende besproken procedures. Inzake de verhouding tussen het faillissement en de procedures inzake bankbreuk, werden al suggesties geformuleerd in de nrs. 758 en 784. Een tweede, en meer complex probleem, betreft de verhouding tussen het faillissement en het gerechtelijk akkoord.

- 2) het faillissement en het gerechtelijk akkoord.
Een pleidooi voor een vernieuwd gerechtelijk akkoord

790. Bij een bespreken van beide procedures werd vastgesteld dat het gerechtelijk akkoord in duidelijk geringere mate kan voldoen aan het geheel van de gestelde rechtsbeschermingsvereisten dan het faillissement met inbegrip van de regels inzake het akkoord na faillissement. De verschillen inzake de regeling voor het onderzoek van de vorderingen en de bepalingen betreffende de tegenstelbaarheid van handelingen die werden verricht voor het inzetten van de procedure (2), het niet onttrekken van het beheer aan de debiteur,

(1) Een betere coördinatie van de faillissementsrechtelijke procedures en de overheidssteun aan ondernemingen in moeilijkheden werd ook beoogd in het ontwerp inzake het beheer met bijstand. Zie hierover o.a. P. VAN OMME-SLAGHE, Het ontwerp van wet, p. 3 e.v., en J. STEENBERGEN, R.W. 1975-76, 2330. De in de Kamer aangenomen tekst bepaalt in art. 15, §1, 4° en 5° lid alleen dat het herstelplan geen voorstel tot overheidssteun mag inhouden zonder de voorafgaandelijke en uitdrukkelijke toezegging van de bevoegde minister.

(2) Zie nr. 746.

en het ontbreken van sancties, kunnen worden verantwoord door het verschil in toepassingsgebied van het gerechtelijk akkoord in het faillissement. Wanneer een debiteur die ongelukkig en te goeder trouw is, een akkoord verkrijgt, mag aangenomen worden dat hij geen daden stelde waardoor de schuldeisers in een ongeoorloofde mate werden benadeeld. De verschillen in de regels betreffende de omvang van het verhaalsobject moeten evenwel ook dan worden betreurd (1). De kern van het probleem ligt nochtans in de omschrijving van het toepassingsgebied van het gerechtelijk akkoord (2), en het sanctie-karakter van het faillissement. Vrij algemeen wordt aangenomen dat debiteurs te lang wachten om aan de rechtbank mee te delen dat zij in staat van faillissement zijn, en dat een laattijdig inzetten van de procedure de kansen op een behoud van de onderneming ernstig beperken. Een gerechtelijk akkoord zou minder weerstanden oproepen: het heeft een minder sanctionerend karakter, en wordt meer geassocieerd met een saneringsplan dan met een vereffening. Het feit dat zo het vertrouwen in een onderneming minder wordt geschokt, draagt zelf in belangrijke mate bij tot de herstelkansen van de onderneming (3). Zo biedt het gerechtelijk akkoord om eerder psychologische redenen, meer kans op een redden van de onderneming, terwijl het faillissement een beter - zij het nog voor verbetering vatbaar - instrumentarium biedt om daarbij de belangen van de betrokkenen nog zo goed als mogelijk te beschermen. Bovendien is de omschrijving van het toepassingsgebied van het gerechtelijk akkoord meer gericht op een beschermen van de gefailleerde, dan op een beschermen van de onderneming. Vooral wanneer een faillissement veroorzaakt wordt door wanbeheer, en een wijziging in het beheer al kan volstaan om de onderneming nieuwe kansen te geven (4), moet

(1) Zie nr. 747

(2) Zie nr. 706.

(3) Zie hierover: A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 39 e.v., en Novelles, nrs. 2965 e.v.; M. FONTAINE, Prévenir la faillite et sauver l'entreprise, B.R.H. 1968, p. 83 e.v.; L. FREDERICQ, o.c., II, p. 895, nr. 2049; W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 120, 124; B. MICHAUX, o.c., p. 22 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, Het ontwerp van wet, p. 2; J. VAN RYN en J. HEENEN, o.c., IV, p. 199, nr. 2627 en p. 403, nr. 2903.

(4) Zie over de oorzaken van faillissementen o.a. Ph. MATHEI, o.c., p. 17.

deze optie worden betreurd. Wanneer men, om redenen die eerder in de nrs. 113, 115 en 118 werden vermeld, vooral de onderneming zelf wil redden, moet daarom opnieuw met klem worden gepleit voor het consequent doortrekken van het onderscheid tussen de onderneming en de ondernemer of de ondernemingsleiding (1).

791. Het schrappen van de voorwaarde 'ongelukkig en te goeder trouw te zijn' in de toepassingsvoorwaarden voor het gerechtelijk akkoord (2), biedt op zichzelf evenwel nog geen voldoende oplossing. Er werd immers al op gewezen dat een aantal verschilpunten tussen de faillissementsprocedure en de procedure inzake het gerechtelijk akkoord alleen maar verantwoord zijn wanneer een gerechtelijk akkoord alleen kan worden toegekend aan een debiteur die werkelijk te goeder trouw is. Het 'depenaliseren' van het faillissement biedt daarom een beter uitgangspunt dan het 'depersonaliseren' van het gerechtelijk akkoord. Op de eerste plaats dient hiertoe de benaming van het faillissement te worden gewijzigd om de procedure als het ware te zuiveren van een eeuwenoude bijklank. Daarbij kan de benaming van het gerechtelijk akkoord (le concordat judiciaire) worden aangenomen, vermits deze benaming die blamerende bijklank mist, en zelfs integendeel suggereert dat de ondernemingsactiviteit misschien nog kan worden gehandhaafd. Wanneer men evenwel elke nu gekende benaming wil vermijden, kan, naar Frans voorbeeld, worden gedacht aan het ook 'neutraler' klinkende 'règlement judiciaire', wat in het Nederlands 'gerechtelijke schuldregeling' kan worden (3). Uit de faillissements-

(1) Zie de stellingen van de auteurs die werden vermeld in voetnoot 3 p. 658.

(2) Zie vooral A. CLOQUET, Idées Nouvelles, p. 39 e.v., en Novelles, nrs. 2965 e.v.; en ook W. VAN GERVEN, Ondernemingsrecht, p. 124.

(3) Voor deze suggestie ben ik de heer J. Stuyck erkentelijkheid verschuldigd.

regeling dienen daartoe verder alleen de elementen geschrapt te worden die een sanctie-karakter hebben.

792. Veruit de meest delicate vraag is daarbij of het onttrekken van het beheer aan de gefailleerde als algemene regel moet worden weerhouden. Het overdragen van het beheer aan de curator heeft ongetwijfeld het karakter van een sanctie ten aanzien van de ondernemingsleiding. Het is minder duidelijk of het ook ten aanzien van de onderneming zo moet worden beoordeeld, en of het met name het vertrouwen in de onderneming schokt, dan wel verstevigt. Wanneer een gedepenaliseerd faillissement de basisprocedure wordt om de verhoudingen tussen een debiteur en de schuldeisers te regelen, kan de mogelijkheid om een gerechtelijk akkoord te vragen worden geschrapt. Ook een gedepenaliseerd faillissement zou meer uitdrukkelijk gericht zijn op het behoud van de onderneming wanneer het zijn sterk blamerend karakter heeft verloren. Het lijkt bij een wegvallen van het gerechtelijk akkoord evenwel niet aangewezen om ook in al die gevallen waarin een gerechtelijk akkoord wordt toegekend, het beheer aan de debiteur te onttrekken. Daartoe kan aan verschillende formules worden gedacht. In Frankrijk werd het onderscheid inzake de beheersregeling tussen het règlement judiciaire en de procedure inzake een liquidation des biens behouden: bij een règlement judiciaire behoudt de ondernemingsleiding het beheer over de onderneming en oefent de syndic in hoofdzaak toezicht uit op dat beheer, terwijl bij een liquidation des biens de debiteur het beheer over zijn patrimonium verliest (1). Maar de keuze tussen beide procedures is afhankelijk van de mate waarin de rechtbank de debiteur in staat acht 'om een ernstig concordaat voor te stellen' (2). De rechtspraak

(1) Zie art. 14 en 15 W. 13 juli 1967; R. RODIERE, o.c., p. 256, nr. 302, p. 294 e.v., nrs. 293 e.v. en p. 302 e.v., nrs. 302 e.v.

(2) Art. 7 W. 13 juli 1967.

interpreteert deze tekst zo dat een règlement judiciaire alleen kan worden toegekend wanneer er een kans bestaat dat de onderneming nog kan worden gered (1). Deze interpretatie brengt een bruikbaar criterium om een onderscheid te maken tussen een akkoord en een vereffeningsprocedure. Maar het feit dat een onderneming vereffend dient te worden houdt nog niet in dat de ondernemingsleiding te kwader trouw, of volkomen onbekwaam is. Het is niet uitgesloten dat zij nog een nuttige bijdrage kan leveren tot de vereffening, en voldoende vertrouwen verdient om deze procedure zelf in te leiden. De procedure die voorgesteld wordt in het ontwerp inzake beheer met bijstand voorziet een andere oplossing: in principe behoudt de ondernemingsleiding het beheer over de onderneming, maar wanneer vastgesteld wordt dat de toestand van de onderneming te wijten is aan kennelijke grove fouten in het beheer, kunnen de bevoegdheden van een of meer leden van de ondernemingsleiding worden geschorst (2). In aansluiting bij het nu geldende faillissementsrecht, verdient het misschien aanbeveling om deze regeling in een herzien gerechtelijk akkoord om te keren: wanneer een onderneming haar betalingen staakt en/of insolvabel is geworden, dient zij om een akkoord te verzoeken of moet zij opgeroepen worden om een procedure voor een gerechtelijk akkoord in te zetten, en wordt het beheer daartoe onttrokken aan de ondernemingsleiding, behalve wanneer de rechtbank van oordeel is dat geen redenen voorhanden zijn die toelaten te besluiten dat de toestand van de onderneming veroorzaakt is door tekortkomingen van de ondernemingsleiding die laten vrezen dat ook de vereffening, en a fortiori de voorbereiding en uitvoering van een akkoord, niet in optimale omstandigheden kan verlo-

(1) Deze rechtspraak ontwikkelde zich al voor de W. 13 juli 1967 al bood de oude faillissementsregeling daar geen juridische grondslag toe. Zie Cass. Comm., 7 januari 1963, besproken door R. HOUIN, R.T.D.Comm., 1963, 894. Zie voor rechtspraak betreffende art. 7 W. 13 juli 1967: Cass. Comm., 24 mei en 6 juni 1967 alsook 15 en 23 januari 1967, besproken door R. HOUIN, R.T.D.Comm., 1968, 134 en 1143; Cass. Comm., 18 maart 1970, besproken door R. HOUIN, R.T.D.Comm., 1970, 783 en vooral Paris, 13 januari 1969, besproken door R. HOUIN, R.T.D.Comm., 1969, 570.

(2) Zie art. 28.

pen (1). Wanneer als regel de ondernemingsleiding, het beheer over de onderneming behoudt, en het beheer alleen in uitzonderlijke omstandigheden wordt onttrokken, wordt het sanctie-karakter van die maatregel onderstreept, terwijl zij te oordelen naar de merites van de huidige faillissementsprocedure dikwijls aangewezen zal zijn (2).

793. Een procedure inzake een gedepenaliseerd faillissement, of een hernieuwd gerechtelijk akkoord zou kunnen worden afgesloten bij gebrek aan activa, of door een akkoord (concordat), of door een (gerechtelijke) vereffening (liquidation judiciaire).

794. Wanneer de hier voorgestelde wijzigingen worden weerhouden, vergen zij, naast de in nr. 782 vermelde suggesties, de volgende aanpassingen van de faillissementswet:

1. een vervangen van de term faillissement door gerechtelijk akkoord, of eventueel gerechtelijke schuldregeling;
2. een vervangen van de term gefailleerde door debiteur, en van de termen 'vonnis van faillietverklaring' en 'faillietverklaring' door 'vonnis tot inzetten van de procedure' en 'inzetten van de procedure';
3. het opheffen van art. 437 tot 439, en toevoegen aan art. 440 van een vierde lid waarin bepaald wordt dat om een

(1) Het optimaal karakter van de omstandigheden waarin de ondernemingsleiding het beheer over de onderneming behoudt, moet worden beoordeeld in vergelijking met de voorhanden zijnde alternatieven: de voordelen van het toekennen van het beheer aan een onafhankelijk deskundige moeten daarbij ondermeer afgewogen worden tegen het nadeel dat deze deskundige minder vertrouwd is met de werking van de onderneming, met haar handelspartners, enz.

(2) Ter illustratie kan hier vermeld worden dat in 1972 in 237 zaken om een gerechtelijk akkoord werd verzocht, waarop in 108 zaken een akkoord werd gehomologeerd, 72 maal een akkoord werd geweigerd en in 57 zaken in beraad werd gehouden. In hetzelfde jaar werden 1525 faillissementen uitgesproken. Zie Gerechtelijke Statistieken 1977/2, p. 19 e 21. In Frankrijk werd in 1970 in 277 gevallen een règlement judiciaire toegekend, terwijl in 1620 gevallen een procédure inzake een liquidation des biens werd gevolgd. In 1971 waren deze cijfers resp. 241 en 1697. Zie R. HOUIN, R.T.D.Comm., 1973.

gerechtelijk akkoord kan worden verzocht betreffende de vereffening van een nalatenschap, of daartoe het inzetten van een procedure tot het verkrijgen van een gerechtelijk akkoord kan worden gevorderd (1);

4. een wijziging van art. 440 in de volgende zin: iedere debiteur die zijn betalingen staakt of insovabel is geworden, dient binnen de drie dagen op de griffie van de rechtbank van koophandel van zijn woonplaats om een gerechtelijk akkoord te verzoeken (...); en een vervangen van 'in geval van faillissement van een vennootschap' en 'wanneer een naamloze vennootschap failliet verklaard is' door (resp.): wanneer om het gerechtelijk akkoord van een (resp. naamloze) vennootschap wordt verzocht(...);

5. een wijziging van art. 442 in de volgende zin: om een gerechtelijk akkoord kan worden verzocht door de debiteur, door een of meer schuldeisers en door een vertegenwoordiger van de werknemers aangeduid door de werknemersafvaardiging in de ondernemingsraad, of wanneer er geen ondernemingsraad werd verkozen, door de syndicale afvaardiging, of zo er geen syndicale afvaardiging in de onderneming is samengesteld, door de vergaderde arbeiders en bedienden volgens een door deze vergadering met een dubbele gewone meerderheid goedgekeurde procedure. De rechtbank kan ook ambtshalve de procedure inzetten en de debiteur oproepen om een gerechtelijk akkoord te bereiken. De rechtbank is hiertoe verplicht wanneer een onderneming insolvent is. De procedure wordt ingezet door een vonnis van de rechtbank van koophandel (2). Zie verder nr. 794, 2;

6. het invoegen van bepalingen waarbij de debiteur in een verzoekschrift binnen de acht dagen na het vonnis tot inzetten van de procedure, de rechtbank kan verzoeken om belast te blijven met het beheer over zijn vermogen. De

(1) Wanneer het toepassingsgebied van het gerechtelijk akkoord uitgebreid wordt tot niet-handelaars, kan art. 437, 2° lid worden geschrapt. Zie nr. 782, 4. Zie betreffende art. 438, nr. 784. De procedure inzake uitstel van betaling kan worden geschrapt.

(2) Zie nr. 782, 4, 5 en 10.

rechtbank kan op dit verzoek ingaan wanneer zij van oordeel is dat geen redenen voorhanden zijn die toelaten te besluiten dat de toestand van de onderneming veroorzaakt is door grove tekortkomingen van de ondernemingsleiding en die laten vrezen dat ook de voorbereiding van een akkoord of een vereffening niet in optimale omstandigheden zullen kunnen verlopen. Bepaald kan worden dat de rechtbank binnen de vijftien dagen na het ontvangen van het verzoekschrift uitspraak dient te doen op verslag van de rechter-commissaris die de in nr. 716 bedoelde werknemersvertegenwoordiging dient te horen. Tot dit vonnis dient de procedure geschorst te worden;

7. een beperken van de draagwijdte van art. 444 tot die gevallen waarin de debiteur het beheer over zijn vermogen niet heeft verkregen zoals voorgesteld in nr. 794, 6. Indien hij het beheer kan behouden, kunnen de bepalingen overgenomen worden uit art. 10, §2 en §3 uit het ontwerp inzake het beheer met bijstand waarbij de gedelegeerde rechter in art. 10, §2 vervangen kan worden door de curator;

8. een aanpassen van art. 452 aan de voorstellen geformuleerd in nr. 794, 7.

9. een opheffen van de bepaling inzake lijfswang in art. 453, en het opheffen van art. 465, 2°, 467, 481, 534 en 535;

10. het beperken van het toepassingsgebied van art. 466 inzake de verzegeling, art. 470, 2° en 3° lid, art. 471, 476, 477, 1° lid, 478, 480, 1° lid en art. 489, 1° lid en art. 490 tot die gevallen waarin het beheer van het vermogen aan de debiteur werd onttrokken;

11. een beperken van het toepassingsgebied van art. 475 tot die gevallen waarin het beheer over het vermogen aan de debiteur werd onttrokken, en uitbreiden van het toepassingsgebied tot al die gevallen;

12. een aanpassen van art. 477, 2° lid waarbij de draagwijdte van de bepaling beperkt blijft tot die gevallen waarin het beheer aan de debiteur werd onttrokken, aangevuld met een bepaling waarbij deze bevoegdheid in andere gevallen verleend wordt aan de debiteur, onder toezicht van de curator;

13. een aanpassen van art. 479 in die zin dat de curator, of de debiteur die het beheer over zijn vermogen behield, met deze opdracht wordt belast;

14. een aanpassen van art. 487 waarbij de curator er alleen mee belast wordt er op toe te zien dat de debiteur deze verplichtingen nakomt, indien de debiteur het beheer over zijn vermogen behield;

15. een schrappen van art. 514;

16. een uitdrukkelijk voorzien in art. 518 van de mogelijkheid om in het akkoord te bepalen dat de schuldeisers na uitvoering van het akkoord terug hun oorspronkelijke rechten hernemen en waarbij bepaald wordt dat het akkoord bevrijdend werkt indien dit niet anders is overeengekomen;

17. een wijzigen van art. 519 om te bepalen dat na de homologatie van het akkoord ook de debiteurs die het beheer over hun onderneming verloren, hiermee terug worden belast, maar dat in beide hypothesen de curatoren kunnen worden belast met het toezicht op de onderneming tot het akkoord is uitgevoerd, waarbij zij jaarlijks een verslag bij de jaarrekeningen dienen te voegen, en in deze of zulke uitvoerige vorm dienen over te maken aan de rechtbank van koophandel;

18. een opheffen van art. 521;

19. een aanpassen van art. 492, 1° lid, 528 en 529 waarbij ofwel de curator, ofwel de debiteur die het beheer over zijn vermogen behield, onder toezicht van de curator met deze opdrachten wordt belast;

20. een aanpassen van art. 492, 3° lid, 543, 544, 553 en 564, in die zin dat deze opdrachten worden gegeven aan de curator, of de debiteur die het beheer over zijn vermogen behield, na machtiging door de rechter-commissaris en onder toezicht van de curator op wiens verslag de machtiging kan worden verleend;

21. een vervangen van de term 'failliet zijn' door 'betreffende wie een procedure inzake gerechtelijk akkoord is ingezet' in art. 537.

22. een aanpassing van art. 563 om te bepalen dat de betalingen gebeuren door de curator of door de debiteur die het beheer over zijn vermogen behield, gemachtigd door de curator;

23. een vervangen in art. 564 van de term 'de curator' en de 'curatoren' door 'de curator(en) of de debiteur(s) die het beheer over zijn (hun) vermogen behield(en), gemachtigd door de curator(en)', naast de wijzigingen voorgesteld in nr. 782, 11;

24. een lichten van titel III (art. 586-592) inzake eerherstel uit de regeling inzake het gerechtelijk akkoord;

25. een opheffen van titel IV (art. 593-614) inzake uitstel van betaling;

26. een opheffen van de gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord (R.B. 25 september 1946);

27. wijzigingsbepalingen om in oudere wetten en besluiten de term faillissement door gerechtelijk akkoord te vervangen, of desgevallend bepaalde regelingen op te heffen;

28. een vervangen van de term 'uitbreiding van het faillissement' door 'uitbreiden van een gerechtelijk akkoord', en 'gefaillleerde onderneming' door 'de debiteur' in het voorstel geformuleerd in nr. 730.

3) een pleidooi voor een vernieuwd faillissement

795. Wanneer het faillissement wordt gedepersonaliseerd en gedepenaliseerd om het om te vormen tot het vernieuwde gerechtelijk akkoord waarvoor in de nrs. 790 e.v. werd gepleit, blijft de behoefte bestaan aan een regeling waar- bij de in nr. 750 e.v. besproken sancties kunnen worden opgelegd. Deze sancties moeten, in tegenstelling tot straf- sancties, beschouwd worden als vrijwaringsmaatregelen om sommige ondernemers uit het economisch verkeer te weren. Het faillissementsbegrip kan hiertoe in zijn oorspronkelijke op- zet worden bewaard. Het dient evenwel terug consequent ge- personaliseerd te worden tot een geheel van maatregelen die men opleggen kan aan die agenten in het economisch verkeer, die niet bekwaam bleken te zijn om hun zaken te beheren zon- der anderen te schaden.

796. Dit resultaat kan worden bereikt wanneer een procedure wordt ingevoerd waarbij voorzien wordt dat:

1. de rechtbank van koophandel de debiteur betreffende wie een procedure inzake een gerechtelijk akkoord is ingezet, of een beheerder, commissaris of vennoot in die onderneming, of al wie waartoe het akkoord wordt uitgebreid of waarvan de vorderingen ondergeschikt geacht worden aan het voldoen van andere vorderingen (1), failliet verklaard kan worden wanneer bij het inzetten van deze procedure, of tijdens deze procedure en ten laatste bij het homologeren van een akkoord of het afsluiten van een vereffening, blijkt dat de moeilijkheden van de onderneming te wijten zijn aan kennelijke grove fouten van de betrokkenen;

2. het faillissement kan worden uitgesproken door de rechtbank na oproepen van de betrokkenen en na het horen van het advies van het openbaar ministerie;

3. de rechtbank maatregelen kan opleggen of de beslissingen kan nemen voorzien in art. 467, en 481 W.v.K. en in het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, aan te vullen met de suggesties geformuleerd in nr. 782, 13;

4. de gefailleerde tegen het vonnis van faillietverklaring en vonnissen betreffende de faillissementsprocedure, verzet en beroep kan aantekenen zoals voorzien in art. 465 en 473 W.v.K., behalve inzoverre de vonnissen beschikken betreffende de maatregelen vermeld in art. 465, 2°;

5. de gefailleerde eerherstel kan verkrijgen zoals voorzien in de art. 586 tot 592 W.v.K.;

6. de gefailleerde het beheer over zijn vermogen niet kan behouden en dus niet kan genieten van de gunstmaatregelen voorgesteld in nr. 794, 6.

(1) Zie nr. 730, 782.8 en 794.26.

BESLUIT

795'. Bij wijze van algemeen besluit dient op de eerste plaats terug verwezen te worden naar de conclusies en de voorstellen die voor de verschillende behandelde materies werden geformuleerd:

- inzake de informatie over de financiële toestand van ondernemingen in de nrs. 344 e.v.;
- inzake de rechtsmiddelen waarover de belanghebbenden individueel beschikken en terzake de overheidssteun aan ondernemingen in moeilijkheden in de nrs. 654 e.v.; en meer in het bijzonder inzake de rechtsbescherming
 - = bij overdracht van aandelen met misbruik van voorwetenschap in de nrs. 412 e.v.,
 - = van minderheidsaandeelhouders in de nrs. 488 e.v.,
 - = van werknemers in de nrs. 518 e.v.;
- inzake collectieve procedures voor het beslechten van belangenconflicten of betreffende nog solvable ondernemingen in de nrs. 675 e.v.;
- inzake het opsporen van ondernemingen in moeilijkheden in nr. 699;
- inzake collectieve procedures betreffende (solvabele of insolvabele) debiteurs die hun financiële verplichtingen niet langer kunnen nakomen, in de nrs. 781 e.v.; en meer in het bijzonder:
 - = betreffende de opbouw van het faillissementsrecht in de nrs. 786 e.v.,
 - = betreffende het begeleiden van ondernemingen in moeilijkheden in nr. 786,
 - = betreffende het faillissement en het gerechtelijk akkoord in de nrs. 782 e.v. en 790 e.v.,
 - = betreffende eenvoudige en bedrieglijke bankbreuk in nr. 784 en de nrs. 786 e.v.,
 - = betreffende het beheer met bijstand in de nrs. 785 en 786.

1) de rechtsbescherming bij ondernemingen in
moeilijkheden

796.¹ Wanneer de bevindingen inzake deze materies worden getoetst aan de rechtsbeschermingscriteria die in de inleiding tot deze verhandeling werden geformuleerd (1) moet worden vastgesteld dat op talrijke punten detailwijzigingen of bijkomende procedures werden gesuggereerd, maar dat de bestudeerde regelgroepen in hun krachtlijnen worden beheersd door de in het inleidend hoofdstuk verdedigde beginselen van vrijheid, gelijkheid en vrije rechtstoegang (of procedurele rechtsbescherming. Al bij de aanvang werd trouwens vastgesteld dat de gekozen uitgangspunten zelf beginselen of regels van Belgisch positief recht werden (2). Deze verhandeling kon daarom geen toetsen van de grondbeginselen van ons recht aan de gestelde rechtsbeginselen meer beogen. Door na te gaan of en hoe deze beginselen doorwerken bij het beslechten van specifieke belangenconflicten, kon wel de theoretische coherentie van ons rechtssysteem en de bruikbaarheid van de aangewende criteria worden onderzocht. Op geen ogenblik werd het nodig geacht om andere of bijkomende criteria te formuleren.

797. Het aanwenden van de vermelde rechtsbeginselen en toetsingscriteria bij het onderzoeken van de rechtsbescherming bij ondernemingen in moeilijkheden, liet toe opnieuw vast te stellen dat rechtsregels, en meer bepaald algemene rechtsbeginselen en de regels waarin deze zijn neergelegd, vooral behulpzaam zijn bij een marginale toetsing van het marktgedrag.

(1) Zie de nrs. 8 e.v. en vnl. de nrs. 10 en 42.

(2) Zie vooral de voetnoten bij de nrs. 40 en 41.

Het economisch leven ontwikkelt zich volgens een eigen dynamiek, gestuwd door de macht van al wie eraan deelneemt en het beïnvloeden kan. Het vrijheidsbeginsel heeft daarom een meervoudige inhoud. Op de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de vrijheid, ongeacht het juridisch kader waarin een economie zich ontwikkelt, een feitelijk gegeven is. Zolang een rechtssysteem het marktgedrag van de agenten in het economisch verkeer niet binnen welomschreven banen kan leiden, zal het gedomineerd kunnen worden door al wie daartoe over voldoende kracht en zin voor initiatief, kortom, over voldoende macht beschikt (1). Het 'proclameren' van het vrijheidsbeginsel legitimeert zulks. Op die manier verruimt het vrijheidsbeginsel de rijkwijde van het positief recht tot ver buiten de sfeer van handelingen waarop het ook werkelijk greep heeft. Maar anderzijds creëert deze proclamatie ook rechten in hoofde van hen die deze vrijheid niet altijd in feite genieten (2). Het vrijheidsbeginsel, en het gelijkheidsbeginsel waarbij ieders vrijheid een beperking vindt in de vrijheid van de andere, zijn ook daarom niet te scheiden.

798. Juist voor hen die deze vrijheid niet 'van nature' genieten, dient een rechtssysteem een beroep op beide beginselen open te houden in al die situaties waarin hun belangen geschaad dreigen te worden in een mate die in het licht van deze beginselen ontoelaatbaar moet worden geacht. Om deze reden werd in deze verhandeling per situatiegroep nagegaan in hoeverre regels kunnen worden ingeroepen die de in de

(1) Zie voor het hier gebruikt machtsbegrip, voetnoot onder nr. 438.

(2) Zie over het legitimerende én emanciperend karakter van het positief recht meer uitvoerig: A.A.G. PETERS, Recht als vals bewustzijn, in C. KELK e.a., Recht, macht en manipulatie, Utrecht/Antwerpen, 1976, vnl. p. 190 e.v.

nrs. 40 e.v. weerhouden beginselen vertalen in voor deze situaties bruikbare richtlijnen. De balans van dit onderzoek werd samengevat in de alinea's waarnaar in nr. 795 werd verwezen. Het hoeft niet te verwonderen dat de geformuleerde voorstellen dikwijls het invoeren van procedures of vorderingsmogelijkheden beogen (1). Procedurele of formele en materiële rechtsbescherming kunnen bij het bestuderen van de concrete rechtsbescherming in specifieke deelgebieden van het recht niet worden gescheiden. En naarmate de materiële rechtelijke regels in een rechtssysteem globaal meer doordrongen zijn door de tot uitgangspunt gekozen beginselen, verschuiven de rechtsbeschermingsvragen meer naar de vraag in welke mate de georganiseerde procedures toelaten deze beginselen op efficiënte wijze in te roepen. Deze procedures zelf werden in de vorige hoofdstukken besproken. Daarbij rezen evenwel op verschillende plaatsen vragen over de globale organisatie van de rechtsbescherming in het economisch recht, waarop hier nog moet worden teruggekomen.

2) de globale organisatie van de rechtsbescherming in het economisch recht

799. Bij het bespreken van de diverse procedures bleek herhaaldelijk de grote wisselwerking tussen alle regelgroepen die het marktgedrag bepalen: regels van burgerlijk-, handels-, (publiekrechtelijk-)economisch-, administratief- en strafrecht werden achtereenvolgens of gelijktijdig aangehaald om naar een antwoord te zoeken op de gestelde rechtsbeschermingsvragen (2). Deze wisselwerking vergt dat deze bepalingen in éénzelfde procedure ingeroepen kunnen worden, of dat alle procedures ten minste onderling zo op elkaar afgestemd zijn dat zij samen een bevredigende rechtsbescherming bieden.

(1) Zie o.a. de nrs. 412 e.v., 488 e.v. en 518 e.v.

(2) Zie bijv. inzake verbintenissenrecht de nrs. 390 e.v. en 582 e.v.; inzake de wetgeving betreffende de economische expansie de nrs. 600 e.v.; inzake de geschillen van bestuur de nrs. 618 e.v.; van het strafrecht de nrs. 225 e.v. en 755.

a) het economisch recht en de strafrechter

800. Inzake de verhouding tussen het strafrecht en andere bepalingen van economisch recht werd niet altijd aan deze voorwaarde voldaan (1). Deze wrijvingspunten kunnen nochtans worden vermeden op een wijze die zowel het eigen karakter van het strafrecht als de rechtsbescherming in het economisch recht versterkt, indien niet alleen zoals gesuggereerd werd inzake bankbreuken, maar ook bij andere bepalingen uit het economisch strafrecht, de regel 'le pénal tient le civil en état' systematisch wordt omgekeerd (2). Nu dient de strafrechter dikwijls louter economischrechtelijke vragen te beantwoorden om vast te stellen of alle elementen in de delictomschrijving aanwezig zijn. Dit bemoeilijkt een efficiënte economischrechtelijke rechtsbepaling, en vertraagt de strafvordering. Misschien verklaart de noodzaak om begrippen en regels te hanteren waarmee de strafrechter niet vertrouwd is, mede dat het economisch strafrecht zich zo moeizaam ontwikkelt. Wanneer de strafvordering slechts kan worden ingezet wanneer de rechtbank van koophandel zich heeft uitgesproken over de toepassing van de economischrechtelijke bepalingen die terzake het marktgedrag normeren, kan de strafsancie als een toegevoegde sanctie worden beschouwd, die om strikt strafrechtelijke redenen opgelegd wordt aan hen die zich schuldig maakten aan laakbare handelingen, wanneer men van oordeel is dat de maatregelen die al werden genomen om de rechten van derden te vrijwaren, een onvoldoende sanctie oplegden aan de fysische personen die deze handelingen stelden (3). Ook wanneer een pro-

(1) Zie de in de nr. 230 besproken hypothesen, en de procedures inzake eenvoudige of bedrieglijke bankbreuk in nr. 759.

(2) Van deze regel wordt nu al afgeweken in art. 61 W. 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken (B.S. 30 juli 1971). Zie voor het voorstel inzake bankbreuk de nrs. 758 en 784.

(3) Zie ook nr. 758; alsook art. 16 van het Duitse strafwetboek waarbij het complementair karakter van de straf zo sterk werd benadrukt dat ook bij een positieve beantwoording van de schuldvraag van het opleggen van een straf kan worden afgezien indien andere sancties naar het oordeel van de rechter, al in een voldoende sanctionering van de beschuldigde resulteerden. Zie ook, met bespreking van Duitse voorstellen, J. STUYCK, T.P.R. 1976, p. 595 e.v.

cedure meestal door een publieke vordering wordt ingeleid, zoals veelal inzake de prijzenreglementering, kan worden bepaald dat eerst door de rechtbank van koophandel geoordeeld dient te worden over de naleving van de prijzenreglementering en de daartoe op te leggen civiele sancties, vóór de strafvordering kan worden ingesteld. Op deze wijze wordt een uiteenlopen van de rechtspraak van de strafrechter en de economische rechter vermeden over de interpretatie van het economisch recht, en wordt bereikt dat vragen zoveel als mogelijk beantwoord worden door de rechters die terzake over de grootste ervaring beschikken (1). Deze oplossing is ook te verkiezen boven voorstellen waarbij voor de strafrechter en de economische rechter onafhankelijk respectievelijk ten aanzien van de bestraffing en de burgerlijke of economischrechtelijke gevolgen een procedure kan worden ingezet. Ook dan dient de strafrechter immers autonoom te beslissen over de interpretatie van economische reglementeringen, en is het bovendien onmogelijk om een strafbeleid te voeren waarin bij het bepalen van de strafmaat ook rekening gehouden wordt met de burgerlijke sancties (2).

801. Verwant met de sanctioneringsbevoegdheid is de verdeling van de bevoegdheden inzake het opsporen van inbreuken op de economische wetgeving. Thans worden deze bevoegdheden vooral gedeeld door het Parket en de Algemene Economische Inspectie. Wanneer niet alleen de opsporing van inbreuken,

(1) Vgl. nr. 45. Op deze wijze worden zowel de voordelen van de specialisatie verkregen die sommigen verwachten van het toekennen van strafrechtelijke bevoegdheden aan de rechtbanken van koophandel, als de voordelen die een behoud van de bevoegdheden van de strafrechter biedt voor het vrijwaren van het eigen penaal karakter van het economisch strafrecht. Zie hierover F. DUMON, Ontwerpen voor hervormingen en jurisdictionele functie, R.W. 1977-78, 281. Zie voor een uitvoerig gedocumenteerd pleidooi voor een coherente ontwikkeling van het economisch strafrecht: J. MATTHIJS, Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht, R.W. 1975-76, 322 e.v.; en verder: J. D'HAENENS, De depenalisatie in het economisch recht, in A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, Actes du colloque sur la magistrature économique, Brussel 1976, vnl. p. II-3-5.

(2) Deze regeling werd voorgehouden in een van de redacties
.../...

maar ook het advies op de zitting aan de bevoegde rechtscolleges wordt onderzocht, dient ook het auditoraat bij de Raad van State vermeld te worden. Vooral Schrans heeft in het verleden bij herhaling voorgesteld deze bevoegdheden samen te brengen in één economisch auditoraat. Bij de organisatie van dit auditoraat kan zowel het arbeidsauditoraat als het auditoraat bij de Raad van State model staan (1). Een concentreren van de leiding van het vervolgingsbeleid en van het adviseren van de in economischrechtelijke gedingen bevoegde rechtscolleges, kan bijdragen tot een meer efficiënt handhaven van het economisch recht. Op verschillende plaatsen werd in deze verhandeling al gewezen op de noodzaak om ook van overheidswege toe te zien op de naleving van dit recht, en de handhaving van de bepalingen in het economisch recht dus niet volledig afhankelijk te laten van het initiatief van belanghebbende particuliere partijen (2). Vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming is evenwel vooral belangrijk dat aan de bevoegde diensten voldoende middelen ter beschikking worden gesteld om hun opdracht naar behoren te vervullen. Daartoe is ook vereist dat een voldoende samenwerking mogelijk is tussen deze diensten. In het kader van de hier voorgestane verdeling van bevoegdheden tussen de strafrechter en de 'economische' rechter of rechtbank van koophandel, moet er daarom voor gepleit worden om ook bij een depenaliseren van het faillissementsrecht de bevoegdheid te behouden van het openbaar ministerie om aanwezig te zijn bij alle verrichtingen van het faillissement (gerechtelijk akkoord), inzage te nemen van alle boeken en bescheiden van

(2) ./ van het voorontwerp van wet over de economische mededinging, maar werd in een latere redactie niet weerhouden. Zie hierover W. VAN GERVEN en J. STEENBERGEN, o.c., p. 161 en 172.

(1) Zie hierover G. SCHRANS, Economisch en Financiële recht vandaag, I, p. 43 e.v. Zie verder P. DE VROEDE, Onderzoek van de bestaande projecten, in Actes du colloque sur la magistrature économique, Brussel 1976, p. IV-5-11 e.v.

(2) Zie o.a. de nrs. 673 en 674.

de gefailleerde (debiteur), diens toestand te onderzoeken, en de curator om bijkomende inlichtingen te verzoeken (1).

b) het economisch recht en de administratieve rechter

802. Vooral de verdeling van de bevoegdheden tussen de gewone rechtscolleges en de Raad van State beperkt in aanzienlijke mate de rechtsbescherming in al die situaties waarin overheidsdaden worden aangevochten (2). Een reden hiertoe ligt niet zozeer in de constitutionele opbouw van de administratieve rechtsbescherming. De belangrijkste oorzaken voor de vastgestelde problemen liggen in de grote terughoudendheid van de gewone rechters om een legaliteitscontrole door te voeren op grond van art. 107 G.W. (3), en het bijzonder traag verlopen van een procedure voor de Raad van State (4). De noodzaak om achtereenvolgens of synchroon te procederen voor de Raad van State en de gewone rechter kan slechts worden opgeheven wanneer de gewone rechter op grond van art. 107 G.W. de toepassing van ingeroepen besluiten weigert in al die gevallen waarin de Raad van State deze besluiten vernietigt of wanneer de Raad van State de bevoegdheid verkrijgt om ook de overheidsaansprakelijkheid op grond van art. 1382 e.v. B.W. te beoordelen. De nadelen van deze gescheiden of concurrerende bevoegdheden kunnen wel worden beperkt indien de procedure voor de Raad van State sneller kan worden afgewikkeld, en deze procedure beter kan worden ingepast in de procedure voor de gewone rechtbank. Een opheffen

(1) Zie art. 464 W.v.K. Zie ook de voorstellen op dit punt betreffende het beheer met bijstand in nr. 767.

(2) Zie hierover de nrs. 625 e.v. en vnl. de nrs. 626 e.v. en 630. Zie voor een beknopt overzicht ook J. STEENBERGEN, R.W. 1975-76, 2316.

(3) Zie nr. 630, en ook M. SOUMERYN-KESTEMONT, Ph. QUERTAINMONT, J. SALMON, Les recours contre les décisions administratives en matière économique, in Actes du colloque sur la magistrature économique, Brussel 1976, p. I-3-4.

(4) Zie nr. 626 en vnl. M. BOES, o.c., Bijlage.

van de noodzaak om én voor de gewone rechter een schadevergoeding te vorderen, én de vernietiging van de bestreden beslissing te verzoeken voor de Raad van State, moet weinig waarschijnlijk worden geacht. Bij de bespreking van het voorontwerp van wet inzake de economische mededinging dat voorbereid werd door de vorige regering, bleek op welke weerstand de voorstellen stuiten om een volledige rechtsmacht, dus ook inzake de schadevergoedingen op grond van de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad, te verlenen aan de Raad van State (1). Ook een nieuwe toepassing van art. 107 G.W. mag niet onmiddellijk worden verwacht: men mag immers niet vergeten dat de traditionele terughoudendheid van de gewone rechter op dit punt mede geleid heeft tot de instelling van de Raad van State. De dualiteit van bevoegdheden waarbij enerzijds de Raad van State bevoegd is inzake een vernietiging erga omnes en het vergoeden van buitengewone schade, en anderzijds de gewone rechtbanken om in een concreet geval een overheidsbeslissing onwettig te achten en om een schadevergoeding toe te kennen op grond van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels, lijkt een van de fundamentele evenwichten in ons constitutioneel recht. Een ingrijpend wijzigen van fundamentele kenmerken van een staatsbestel vergt meestal een moeizaam en langdurig proces (2).

803. Daarom lijkt het meer aangewezen om te zoeken naar middelen om de procedure voor de Raad van State sneller af te wikkelen en beter in te passen in procedures voor de gewone rechtbank. Het eerste probleem kan wellicht worden her-

(1) Zie W. VAN GERVEN en J. STEENBERGEN, o.c., p. 173.

(2) Zie hierover uitvoeriger J. STEENBERGEN, in Bulletin de l'I.I.C.C., juillet 1977, tome I, p. 192 e.v. En over de verdeling van de bevoegdheden tussen de gewone rechtbanken en de Raad van State, M. BOES, o.c., I, p. 43 e.v. Deze dualiteit blijft ook behouden in recente voorstellen voor een hervorming van het administratief contentieux: zie R. VANDEKERKHOVE, Geschillen van Bestuur, Brussel 1976 (werknota Minister van hervorming der instellingen).

leid tot de noodzaak om de Raad van State en het Auditoraat het kader ter beschikking te stellen dat vereist is om binnen een redelijke termijn de aanhangig gemaakte zaken te behandelen voor de wijze waarop een procedure voor een bijzonder rechtscollege geïntegreerd kan worden in de procedure die voor een ander rechtscollege gevoerd wordt, zoals voor de snelheid waarmee bijzondere rechtsvragen grondig kunnen worden onderzocht, biedt de procedure inzake de prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie een bijzonder belangwekkend en bemoedigend voorbeeld (1). Om een gelijkaardige brug te slaan tussen de gewone rechtbanken en de bijzondere procedures voor de Raad van State, kan worden bepaald dat de Raad van State bevoegd is om, bij wijze van arresten genomen als prejudiciële beslissingen, uitspraak te doen over de vragen betreffende de geldigheid van akten en reglementen van administratieve overheden en administratieve beslissingen in betwiste zaken, of over het uitblijven van beschikkingen van administratieve beschikkingen, op verzoek van hoven en rechtbanken, en overeenkomstig de bepalingen van art. 14 K.B. 12 januari 1973. De hoven en rechtbanken dienen daarbij de bevoegdheid te verkrijgen om een prejudiciële vraag te stellen aan de Raad van State over de geldigheid of het uitblijven van de vermelde akten en beslissingen, telkens de niet tegenstelbaarheid van deze akten en beslissingen, of de beslissing die door hun uitblijven wordt geïmpliceerd, ingeroepen wordt op grond van art. 107 G.W. binnen de in art. 4 R.B. 23 augustus 1948 (2) bedoelde termijnen. Eventueel kan

(1) Zie over deze procedure o.a. A. BARAV, Some Aspects of the preliminary rulings procedure in EEC law, E.L.R. 1977, p. 3 e.v.; P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, o.c., p. 166 e.v., en R.H. LAUWAARS, Prejudiciële beslissingen, in H.G. SCHERMERS e.a., Rechtsbescherming in de Europese Gemeenschappen, Europese Monografie nr. 19, Deventer 1975.

(2) B.S. 23-24 augustus 1948.

worden overwogen om aan partijen de mogelijkheid te bieden om voor de hoven en rechtbanken in het kader van een geding, en binnen de vermelde termijnen, voor de gewone hoven en rechtbanken om de nietigverklaring van deze akten en beslissingen te verzoeken. In die gevallen dienen hoven en rechtbanken verplicht te zijn om deze vraag aan de Raad van State voor te leggen. Een dergelijke regeling dreigt evenwel op grotere weerstand te stuiten dan een formule waarbij de rechter discretionair beslist ofwel zelf de wettelijkheid van beslissingen te beoordelen op grond van art. 107 G.W., zoals ingeroepen door de partijen, ofwel een verzoek om een prejudiciële beslissing tot de Raad van State te richten. Een delicaat probleem betreft de vraag of de rechter zich ook nog tot de Raad van State moet kunnen richten na verjaring van een vordering betreffende dezelfde akten of beslissingen op grond van art. 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Wanneer de wetgever het ter wille van de rechtszekerheid niet wenselijk geoordeeld heeft om buiten de daartoe voorziene termijnen de mogelijkheid te bieden om een verzoek tot nietigverklaring in te dienen, lijkt het evenmin wenselijk om deze mogelijkheid te creëren via een prejudiciële procedure. De rechtszekerheid wordt nochtans evenmin gediend door uiteenlopende beoordelingen van een beslissing op grond van art. 107 G.W. Daarom verdient het aanbeveling om de mogelijkheid te creëren om ook na de bedoelde termijnen een prejudiciële vraag te richten tot de Raad van State, maar zonder daarbij aan de Raad de bevoegdheid te verlenen om de in vraag gestelde beslissing nog erga omnes te vernietigen. Bij deze regeling moet worden voorzien dat de procedure voor de hoven en rechtbanken die aanleiding gaf tot het stellen van een prejudiciële vraag, geschorst dienen te worden tot de uitspraak van de Raad van State. De hoven en rechtbanken die beslissen een prejudiciële vraag te stellen, dienen ook gebonden te zijn door de beoordeling van de geldigheid van de in vraag gestelde beslissingen door de Raad, ook indien de Raad niet langer bevoegd is om beslissingen te vernietigen. De procedure dient te voorzien dat de vraag tot de Raad meegedeeld wordt aan de partijen in het bodemgeschil en de instantie die

de in vraag gestelde beslissing heeft genomen (1), en dat deze partijen over een termijn van dertig dagen beschikken om aan de griffie hun opmerkingen, en zo het in hun bezit is, het administratief dossier, te laten geworden (2). Het invoeren van een prejudiciële procedure voor de Raad van State kan evenwel alleen het gewenste resultaat helpen bereiken, indien gelijktijdig gezocht wordt naar middelen die een sneller afwikkelen van de voor de Raad ingeleide procedures waarborgen.

3) de globale opbouw van het economisch recht

804. Om de in nr. 798 vermelde redenen leidde de optie om in elke verhandeling de rechtsbescherming te onderzoeken vanuit mogelijke belangenconflicten, tot het formuleren van een aantal telkens eerder fragmentaire suggesties om in diverse deelgebieden van het economisch recht de rechtsbescherming te versterken. Hiermee werd zeker niet beoogd het belang te ontkennen van een klare en coherente opbouw van het recht. Uit de frekwentie waarmee uit diverse deelgebieden van het recht argumenten werden ontleend om een billijke regeling ^{van} specifieke geschillen te construeren, blijkt integendeel hoe onderling vervlochten deze deelgebieden zijn. Hierbij bleek met name hoe de in nr. 72 tot het economisch recht gerekende rechtsregels werkelijk een operationele samenhang vertonen. Het is om verschillende redenen belangrijk deze eenheid waar mogelijk tot uitdrukking te brengen in de formulering, de libellering of de bespreking van economischrechtelijke bepalingen en teksten. De rechtsonderhorige verliest indien zulks niet gebeurt een overzicht van

(1) Vgl. art. 6 R.B. 23 augustus 1948.

(2) Vgl. art. 6 R.B. 23 augustus 1948 en art. 20 van het protocol bij het EEG-Verdrag betreffende het statuut van het Hof van Justitie.

de rechtsmiddelen waarover hij in principe beschikken kan, en verliest zo de bescherming die kan worden geboden. En door het samenbrengen en ordenen van teksten wordt ook het ontwaren en bespreken van de krachtlijnen van een rechtstelsel bevorderd. Pas in de context van de regels die mede een concrete oplossing voor een geschil bepalen, kan werkelijk worden beoordeeld of een regeling de rechtsbescherming biedt die men ervan verwacht, en die voor een rechtssysteem op grond van de erin verdedigde algemene beginselen tot de legitimatie ervan wordt ingeroepen. Een zo klaar mogelijk opgebouwd economisch recht kan daarom bijdragen tot een verder doorwerken in specifieke rechtsregels van de tot uitgangspunt gekozen algemene beginselen.

BIBLIOGRAFIE (1)

M. ALSTEENS en J. THEUNIS, 'The job of company law reform, the White Paper', Jura Falconis, 1974, 253 e.v.

H.M. ALVARES CORREA, 'Franse horlogefabriek LIP tussen kapitalisme en syndicalisme', T.V.V.S., 1976, 177.

H.M. ALVARES CORREA, 'De Franse werknemer, aandeelhouder in de eigen onderneming', T.V.V.S., 1975, 66 e.v.

R. ANDERSEN, 'L'égalité des citoyens devant la loi dans la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux de 'annulation'', Rec. Jur. Dr. Adm., 1973, 81 e.v.

J.E. ANDRIESSEN, Economie in theorie en praktijk, 3° uitg., Amsterdam-Brussel, 1968.

J.-F. ARTZ, 'L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux', R.T.D. Comm., 1975, 1 e.v.

J. AUSTIN, The province of jurisprudence determined (etc...), (H.L.A. HART, ed.), London, 1971.

B. BAARDMAN, 'De beschikkingspraktijk op mededingingsgebied van de Europese Commissie in de jaren 1971 en 1972', S.E.W., 1974, 739 e.v.

G. BAETEMAN, zie onder J. MATTHYS

H.W. BALANTINE, Balantine on corporations, rev. ed., Chicago, 1946.

A. BARCHEWITZ, Das Bankrecht, Hamburg, 1966.

E. de BARSY, in La déontologie des affaires et du pouvoir, Brussel, 1973, 46 e.v.

A. BARAV, 'Some aspects of the preliminary rulings procedure', E.L.R., 1977, 3 e.v.

E. BARRY, The liberal theory of justice, Oxford, 1973.

C.H. BARZ, e.a., Grosskommentar Akt.G., Berlin, 1972.

J. BASTIN, 'Les conséquences économiques de la réserve de propriété: l'institution de la réserve de propriété n'est pas une révolution mais l'aboutissement d'une évolution', zie verder onder Idées Nouvelles dans le droit de la faillite.

(1) de stof is, behoudens enkele uitzonderingen, slechts bijgehouden tot juni 1977.

G. BELTJENS, Encyclopédie de droit commercial belge, 2° uitg., Brussel-Paris, 1914, III, trefw. des faillites.

G. BELTJENS, Encyclopédie du droit belge, Brussel, 1907.

R.-C. BERAUD en S. VENTURA, 'Juridische aspecten van de industrie-politiek van de Gemeenschap', S.E.W., 1971, 360 e.v.

U. BERNITZ, 'Der Verbraucherschutz in Schweden', ZgHW, 1974, 336 e.v.

U. BERNITZ, 'Harmonisation et coordination de la législation du marché, la notion de droit du marché', R.T.D.Comm., 1971, 1 e.v.

B.W. BEUNK, 'Het bedrijfsleven in Nederland op een databank', T.V.V.S., 1974, 175 e.v.

R. BLANPAIN, The Badger case and the OECD guidelines, (verschijnt binnenkort)

R. BLANPAIN, 'Staking, lock-out, bezetting: juridisch-maatschappelijk standpunt', Ondernemen, 1977, 171 e.v.

R. BLANPAIN, Arbeidsrecht, Brugge, (losbl.)

C.A. BOUKEMA, 'De werking van de nieuwe vennootschaps-wetgeving', T.V.V.S., 1974, 257 e.v.

M. BOES, Preventieve rechtsbescherming bij bestuurlijke besluitvorming, proefschrift, Leuven, 1975.

J. BOESJES, 'De horizontale werking van grondachten', NJB, 1973, 905 e.v.

H. BOSLY, 'Le droit pénal des sociétés, examen de doctrine et de jurisprudence', R.P.S., 1974, 81 e.v.

T. BRESCH, zie onder P. QUANJARD.

A.M. BRENNINKMEIJER, 'De rechtsvorm van de grote onderneming; het rapport van de Commissie vennootschapsrecht', de N.V., 1975, 10 e.v.

H.J. BRINKHORST, zie onder J.A. WINTER.

J.M. BROEKMAN, Recht en anthropologie (manuscript).

J.M. BROEKMAN, 'Recht en structuralisme', 2 (1973), R & R, 10 e.v.

J.M. BROEKMAN, Hedendaagse rechtsfilosofische literatuur, Leuven, 1973.

G. BROUHNS, Les lois du 17 juillet et du 30 décembre 1970 sur l'extension économique, Bruxelles, 1974.

J. LE BRUN, 'L'administration économique par voie contractuelle en Belgique, in Renaissance du phénomène contractuel, Commission Droit et Vie des Affaires, Liège-La Haye, 1971, 39 e.v.

R. BRUYNEEL, 'La commission bancaire', Banque, 1972, 13 e.v.

BUKA eka NGOY, Essai d'une étude critique et synthétique de la théorie de la commercialité en droit zaïrois à travers les droits belge et français, proefschrift, Leuven, 1972.

R. BURGERT, 'De grondslagen voor de opstelling van de jaarrekening van ondernemingen en de gevolgen daarvan voor het inzicht in vermogen en resultaat', T.V.V.S., 1971, 342 e.v.

A. BUTTGENBACH, Manuel de droit administratif, 3^e uitg., Brussel, 1966.

C. CAMBIER, Droit administratif, Brussel, 1968.

A. CAMPBELL, zie onder Lord WILBERFORCE.

M. CAPPELLETTI en J.A. JOLOWICZ, Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation, Milaan, 1975.

C. CARDYN, zie ook onder M. FEYE.

H. CASMAN en M. VAN LOOK, Huwelijksvermogensstelsels, Brussel (losbl.).

L. CASTELLYNS, 'De inspectie van de sociale wetten', in R. BLANPAIN, Arbeidsrecht, II-26.

Centre d'études bancaires et financières, Recommandations relatives à l'information du public par les sociétés, Bruxelles, 1968.

Centre d'étude des sociétés, Le statut des commissaires et des commissaires-reviseurs, Bruxelles, 1956.

Centre d'étude des sociétés, Les réviseurs d'entreprises, Bruxelles, 1953.

C.R.I.S.P., Morphologie des groupes financiers,
Brussel,

G.C. CHESHIRE en P.M. NORTH, Cheshire's international private law, London, 1970.

R.P. CLEVERINGA, 'Maatregelen ter voorkoming van faillissement en surséance van betaling', in Praeadvies over maatregelen ter voorkoming van faillissement en surséance van betaling, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, 1955.

A. CLOQUET, 'La faillite et le concordat', in Les Nouvelles, Droit Commercial IV, 2° uitg., Brussel, 1975.

A. CLOQUET, 'Les questions préjudicielles en matière de faillite et la condamnations d'office par le juge répressif au paiement de cotisations sociales en souffrance', J.T., 1973, 688 e.v.

A. CLOQUET, 'Les réformes souhaitables en droit belge', zie verder onder Idées Nouvelles dans le droit de la faillite.

H. COING, 'Zum Problem des sogenannten Durchgriffs bei juristischen Personen', NJW, 1977, 1793 e.v.

H. COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2° uitg., Berlijn, 1969.

D.P. O'CONNEL, 'La personnalité en droit international public', Rev. Gén. Dr. Int. Publ., 67 (1973), 15 e.v.

P. COPPENS, 'Apperçu de l'avant projet de convention européenne sur la faillite'; l'Extension de la faillite au maître de la société'; 'Le problème des clauses de réserve de propriété dans l'avant projet de convention européenne sur la faillite': zie verder in Idées Nouvelles dans le droit de la faillite.

P. COPPENS, 'Examen de jurisprudence, faillites et concordats', 1957-1960, R.C.J.B., 1961, 121; 1961-1964, R.C.J.B., 1965, 53.

P. COPPENS, 'Du caractère intentionnel de l'abus de majorité', R.P.S., 1955, 282.

P. COPPENS, Abus de majorité dans les sociétés anonymes, Gembloux, 1947.

L. CORNELIS, 'Le dol dans la formation du contrat', R.C.J.B., 1976, 37 e.v.

E. COTTELEY, 'Trasfondo social, economico, juridico, normas legales y formas estructurales de la participación de la pierzas laborales en las empresas', Org. Techint, Boletin Informativo, nr. 199, Buenos Aires, 1975.

H. COUSY, zie onder J. GROEN.

I. CRUCHLEY, A handbook on bankruptcy, law & practice, 2° ed., London, 1964.

R. CUIGNET, 'La responsabilité juridique du banquier donneur de crédit', Rev. Banque, 1976, 4.

J. DABIN, Théorie générale de droit, 3° uitg., Paris, 1969.

J. DABIN, 'Droit subjectif et prérogatives juridiques', Verhandelingen Koninklijke Academie van België, Brussel, 1960.

J. DABIN, Le droit subjectif, Paris, 1952.

T. DAINTITH, 'Public law and economic policy', J.R.L., 1974, 9 e.v.

J.A. VAN DAMME, Noot onder Hof van Justitie, 27 maart 1974, S.E.W., 1974, 438 e.v.

R. DAVID, Les grands systèmes de droit contemporain, 4° uitg., Paris, 1971.

S. DAVIDSON, Handbook of modern accountancy, New-York, 1970.

D. DE CLERCK, 'Het economisch plan, een nieuw begrip in ons economisch recht', T. Best., 1972, 13.

G. DE CLERCQ, 'Juridische problemen i.v.m. de kredietverlening', in Economisch en Financieel Recht Vandaag, I, Gent, 1972, 171 e.v.

G. DE CLERCQ, 'Zoeklicht op het bankgeheim', Rev. Banque, 1973, 344.

A. DELIEGE, 'Le régime légal: le passif et les droits des créanciers', in Sept leçons sur la réforme des régimes matrimoniaux, Liège, 1976.

J. DELVA, 'Overheidsaansprakelijkheid en legaliteits-toezicht', T. Best., 1975, 209.

J. DELVA, 'Evolutie van de rechtspraak inzake overheids-aansprakelijkheid', T. Best., 1969, 67 e.v.

J. DELVA, 'Het rechtstreeks bestrijden van overheids-daden voor de burgerlijke rechter', T.P.R., 1967, 409 e.v.

J. DEMBOUR, Droit administratif, 2° uitg., Den Haag, 1972.

P. DEMBOUR, Les faillites et la cour de cassation, Brussel, 1974.

P. DENIS, Zie onder J. PIRON.

J.H. DERKSEN, 'Publikatieplicht in EEG-verband, een wereldvreemde en onwaarachtige benadering', de N.V., 1975, 2 e.v.

R. DERYCKE, 'Voorrechten', A.P.R., Gent, 1958.

P. DERMINE, Noot onder Cass., 25 januari 1973, J.T., 1973, 568 e.v.

P. DEVLIN, The enforcement of morals, Oxford, 1965.

R. DILLEMANS, Huwelijksvermogensrecht, Antwerpen, 1977.

J. DONALDSON, 'Lessons from the Industrial Court', L.R.Rev., 91 (1975), 181 e.v.

R.A.A. DUK, zie onder A. MULDER.

F. DUMON, 'Ontwerpen voor hervormingen in jurisdictionele functie', R.W., 1977-1978, 273 e.v.

Y. DUMON en F. MAUSSION, 'Propos sur la notion d'extension de la faillite et sur les mesures analogues en droit belge et droit comparé', B.R.H., 1974, II-180 e.v. en 1976, II-263 e.v.

J.M. van DUNNE, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, Deventer, 1971.

B. EDELMAN, Le droit saisie par la photographie, Paris, 1973.

J. EECKHOUT, Noot bij Rb. Dendermonde, 13 april 1960, R.W., 1962-1963, 278.

H.J. van EIKEMA HOMMES, De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap, Deventer, 1972.

N. ELLES, zie onder Lord WILBERFORCE.

J.A. ENGEL, 'Stock option plans as a compensation devise in the USA', Rev. Banque, 1969, 229 e.v.

G. FARJAT, Droit économique, Paris, 1971.

G. FARJAT, L'ordre public économique, Paris, 1963.

A. FETTWEIS, 'Observations sur la proposition de loi modifiant les art. 574 et 631 Code Judiciaire', J.T., 1973, 690 e.v.

A. FETTWEIS, Handboek voor gerechtelijk recht, II, Bevoegdheid, Antwerpen, 1971.

M. FEYE en C. CARDYN, Procédure Fiscale Contentieuse, 2° uitg., Brussel, 1958.

M.A. FLAMME, 'Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration', J.T., 1972, 440 e.v.

M.A. FLAMME, Législation industrielle ou droit administratif de l'économie, Brussel, 1971.

M. FLEURIET, Les techniques de l'économie concertée, Paris, 1974.

I. FLETCHER, 'The proposed community convention on bankruptcy and related matters', E.L.R., 1977, 15 e.v.

M. FONTAINE, 'Quasi-contrats du plan et groupements d'intérêt économique - étapes nouvelles du droit économique', Ann. Dr., 1970, 15 e.v.

R. FOQUE, 'Natuurrecht, recht en revolutie', Jura Falconis, 12 (1975-1976), 11 e.v.

L. FRANCOIS, 'Remarques sur quelques questions de droit pénal social, particulièrement sur l'imputabilité', R.D.P., 1968-69, 489 e.v.

L. FREDERICQ, Handboek van Belgisch Handelsrecht, twee delen, Brussel, 1962 (2° uitg. 1° deel 1976).

L. FREDERICQ en E. van DIEVOET, 'Maatregelen ter voorkoming van faillissement en uitstel van betaling, Belgisch recht', in Praeadviezen over maatregelen ter voorkoming van faillissement en surséance van betaling, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Tjeenk Willink, Zwolle, 1955.

B.S. FRENKEL, 'Het enquêterecht van de vakbonden', NJB, 1975, 132 e.v.

L.L. FULLER, The morality of law, 2° uitg., New Haven, 1964.

L.L. FULLER, 'Positivism and the fidelity to law - a reply to prof. Hart', 71 (1958), Harv. L.J., 630 e.v.

J.K. GALBRAITH, The new Industrial State, New York, 1968.

L. GANSHOF 'L'élaboration d'un droit européen de la faillite dans le cadre de la CEE', C.D.E., 1971, 151.

L.F. GANSHOF, Le droit de la faillite dans les états membres de la CEE, Brussel, 1968.

W.J. GANSHOF van der MEERSCH, Rapports belges au IX° Congrès International de droit comparé, Bruxelles, 1974.

GEMMA, 'Les gouvernements de fait', Rec. Cours, 4 (1924), 297 e.v.

C. GEORGES, opmerkingen bij Comm. Nivelles, 19 december 1974, Pro Justitia, kol. 2, 73 e.v.

J.W.H.M. GERAERTS, 'De wettelijke regeling van de vermogensaanwasdeling in Frankrijk', de N.V., 1975, 78.

W. van GERVEN, 'Overleg binnen de onderneming en (nogmaals) bedrijfsbezetting', noot onder Arb. Rb. Hasselt, 13 januari 1977, R.W., 1976-1977, 26110 e.v.

W. van GERVEN, 'Bedrijfsbezetting en verkoop in eigen beheer door werknemers van de onderneming', R.W., 1976-1977, 65 e.v.

W. van GERVEN en J. STEENBERGEN, 'De procedures, de sancties en de rechtsbescherming zoals voorzien in het voorontwerp van wet', Bulletin I.I.C.C., juli 1977, 137 e.v.

W. van GERVEN, Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, XIII, Handels- en Economisch Recht, deel I, Ondernemingsrecht, Antwerpen-Amsterdam, 1975.

W. van GERVEN, 'De grenzen van de rechterlijke functie en het gevaar van overschrijding in het Europese recht', Rechtsg. Mag. Themis, 1974-1975, 627 e.v.

W. van GERVEN, 'De faillissementsregeling is maar een sluitstuk', in Een boek van hen voor ons, lustrumboek Jura Falconis, Leuven, 1974, 189 e.v.

W. van GERVEN, Het beleid van de rechter, Antwerpen-Zwolle, 1973.

W. van GERVEN, Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, I, Algemeen Deel, Antwerpen-Amsterdam, 1973.

W. van GERVEN, 'Schets van een Belgisch economisch grondslagenrecht', S.E.W., 1971, 404.

W. van GERVEN, 'Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door produkten', S.E.W., 1970, 277.

W. van GERVEN, 'De begrippen handelsrecht, economisch recht en sociaal-economisch recht', S.E.W., 1970, 4.

W. van GERVEN, 'Algemeen overzicht van en actuele tendensen in het aansprakelijkheidsrecht, gezien in verband met de medische sector', Acta Hospitalia, vol. XII, nr. 3, 22 e.v.

E. GESSLER, e.a., Aktiengesetz Kommentar, München, 1973.

G.P. GIOMB, Finanzierung durch Factoring, Köln, 1969.

E. GOOSE, 'Die Prüfung steratliche beihilfe voorhaben durch die EWG', A.W.D., 1974, 24 e.v.

M. GOTZEN, Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging, Brussel, 1963.

L.C.B. GOWER, Modern Company Law, London, 1969, 3° uitg.

M. GRIMM, zie onder M. PAGENTSCHER.

W.C.L. van der GRINTEN, Handboek voor de NV en de BV, supplement bij het Handboek voor de NV, Zwolle, 1971.

W.C.L. van der GRINTEN, Noot onder H.R., 24 mei 1968, A.Ae., XVIII (1969), 133 e.v.

W.C.L. van der GRINTEN, 'Marginale toetsing', in Op de grenzen van het komend recht, Deventer, 1969.

W.C.L. van der GRINTEN, 'Nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap', preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Jaarboek, 1965-1966, 407 e.v.

W.C.L. van der GRINTEN, zie onder E.J.J. van der HEYDEN en M.V.M. van LEEUWE.

J. GROEN en H. COUSY, De betekenis van de overheidsvergunning voor de privaatrechtelijke aansprakelijkheid, Zwolle, 1975.

J. van der GUCHT, 'Voorkomen van faillissementen', R.W., 1973-1974, 1187.

J. van der GUCHT, 'De economische jurisdictie of rechtspraak', B.R.H., 1972, II-295.

J. van der GUCHT, 'De opsporingsdienst voor wankelende bedrijven ingericht bij de rechtbank van koophandel te Brussel', B.R.H., 1968, 704 e.v.

P. GUGGENHEIM, Lehrbuch der Völkerrechts, I, Basel, 1948.

E. GÜLCHER, 'Het Nederlands enquêterecht', in De onderneming morgen, Economisch en Financiële Recht Vandaag, III, Gent, 1974, 125 e.v.

V. GUYENOT, 'Les groupes de sociétés', Banque, 1973, 918.

T. HADDEN, Company law and capitalism, London, 1972.

J. D'HAENENS, 'De depenalisatie in het economisch recht', in A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, Actes du Colloque sur la magistrature économique, Brussel, 1976, II-3 e.v.

J. D'HAENENS, 'De onderneming en het economisch strafrecht', in Economisch en Financiël Recht Vandaag, I, Gent, 1972, 453 e.v.

HANON de LOUVET, Nouveau traité d'analyse et discussion de bilans, Amiens-Bruxelles, 1955.

H.C.A. HART, Law, Liberty and Morality, Oxford, 1962.

H.C.A. HART, The concept of law, Oxford, 1961.

H.C.A. HART, 'Positivism and the separation of law and morals', 71 (1958), Harv. L.J., 593 e.v.

G. van HECKE, 'Vrijheid of dwang in het aanbod van goederen en diensten', Liber Amicorum Baron L. Fredericq, II, Gent, 1966, 999.

J. HEENEN, 'Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars', Noot onder Cass., 18 november 1971, R.C.J.B., 1973, 5 e.v.

J. HEENEN, 'Les nullités de la période suspecte dans les pays de la Communauté Economique Européenne', Liber Amicorum Baron L. Fredericq, I, Gent, 1966, 557.

J. HEENEN, zie onder J. VAN RYN

F. HEGEL, Principes de la philosophie du droit (vertaling A. KAHN), Paris, 1940.

J. ter HEIDE, Iudex viator, A.Ae., 16 (1967), 20.

E.J.J. van der HEIJDEN en W.C.L. van der GRINTEN, Handboek voor de NV naar Nederlands recht, Zwolle, 1962.

C. HEINZE, 'Zur vereinbarkeit des Investitionszulagengesetzes 1969 mit dem E.W.G.-Subventionsverbot', AWD, 1974, 128 e.v.

R. HENRION, 'Tendances générales en matière de participation', in De onderneming morgen, Economisch en Financiël Recht Vandaag, III, Gent, 1974, 10 e.v.

R. HENRION, 'La responsabilité des juristes dans la présentation de l'entreprise', in La comptabilité et le droit, Commission Droit et Vie des Affaires, Faculté de Droit de Liège, Bruxelles, 1974, 275 e.v.

R. HENRION, 'Le gouvernement de l'économie', J.T., 1965, 685 e.v.

R. HENRION, Le secret professionnel du banquier, Brussel, 1963.

F. HEYNING, 'Plaatsing van aandelen bij bevriende relaties', T.V.V.S., 1974, 294 e.v.

B. von HOFFMANN, 'Das EWG Ubereinkommen über die gerichtlichen Entscheidungen in Zivil und Handelssachen', AWD, 1973, 57.

J.J.M.N. HONEE, 'Om of door de rechtspersoon heen', N.J.R., 1977, 683.

J.J.M.N. HONEE, 'Enige opmerkingen betreffende de vrijstellingsregeling voor dochtervennootschappen in art. 38 a Wet Jaarrekeningen', de N.V., 1969, 201.

K.J. HOPT en M.R. WILL, Europäisches Insiderrecht, Stuttgart, 1973.

R. HOUIN, 'Chronique de Jurisprudence sur la réglementation judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et le plan de redressement', R.T.D.Comm., 1968, 1969, 1970.

R. HOUIN, 'Innovations de la loi française en matière de faillite et de procédures collectives', zie verder onder Idées Nouvelles dans le droit de la faillite.

R. HOUIN, 'Permanence de l'entreprise à travers la faillite', in Liber Amicorum Baron L. Fredericq, II, Gent, 1966, 611.

K. VAN HULLE, zie onder J. STEENBERGEN.

A. HUSS, 'Réflexions sur la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite, et sur son application en jurisprudence luxembourgeoise', in Liber Amicorum Baron L. Fredericq, Gent, 1966, 619 e.v.

P.J. HUSTINX, 'Algemene bepalingen omtrent de strafbaarheid van rechtspersonen', A.Ae., 26 (1977), 46 e.v.

M. HUYS en G. KEUTGEN, 'La cession de contrôle', Rev. Banque, 1974, 761 e.v.

M. HUYS, zie onder G. KEUTGEN.

A.N. HUIZENGA, 'Het ontwerp van wet op de vermogensaanwasdeling en art.165 GW 1963', NJB, 1977, 288 e.v.

Idées Nouvelles dans le droit de la faillite, travaux de la 4ème journée d'études J. Dabin, Bibliothèque de la faculté de droit de l'U.C.L., Brussel, 1969.

T.S. IJSSELMUIDEN, zie onder W. de LANGEN.

Jaarverslagen van de Bankcommissie.

R. von IHERING, Der Zweck im Recht, 5° uitg., Leipzig 1916.

A. JACQUEMIN en G. SCHRANS, Le droit économique, 2° uitg., Paris, 1974.

A. JACQUEMIN, 'Economisch recht, dienaar van de economie?', in Economisch en Financiële Recht Vandaag, Gent, 1972.

H.C.J.G. JANSSEN, 'De fusiegedragsregels', S.E.W., 1973, 215 e.v.

H. JAQUOT, 'Les interventions économiques de l'état par voie contractuelle', in Renaissance du phénomène contractuel, Commission Droit et Vie des Affaires, Liège-La Haye, 1971.

E.P. de JONG, 'Mittbestimmung en medezeggenschap', NJB, 1974, 965 e.v. en 997 e.v.

I. KANT, Metaphysik der Sitten, 4° uitg., Hamburg, 1922.

P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN van THEMAAT, Inleiding tot het recht van de Europese gemeenschappen, 2° uitg., Deventer, 1974.

D.J. KEENAN, zie onder K. SMITH.

H. Kelsen, 'Apperçu d'une théorie générale de l'Etat', Revue du droit public et de la science administrative, 43 (1926), 572 e.v.

H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2° uitg., Wenen, 1967.

G. KEUTGEN, Le droit des groupes de sociétés dans la CEE, Brussel, 1973.

G. KEUTGEN en M. HUYS, 'Vers la réforme du révisorat', Rev. Banque, 1973, 12 e.v.

G. KEUTGEN, zie onder M. HUYS.

L. DE KEYZER, 'Overzicht en appreciatie van de Belgische kaderwet houdende organisatie van de planning en economische decentralisatie en van de Belgische wet betreffende de economische expansie', S.E.W., 1971, 63 e.v.

F. 't KINT, Le projet de loi sur la gestion assistée, rapport voor de studiedag die door het C.R.I.D.E. te Louvain-la-Neuve werd ingericht over het beheer met bijstand, op 22 december 1976.

J. KIRKPATRICK, L'imposition des revenus des sociétés belges par actions, Brussel, 1968.

J. KIRKPATRICK, 'La responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes à l'égard de chaque actionnaire en droit positif belge', R.P.S., 1963, 1 e.v.

J. KLAASSEN, 'Inflatie en de jaarrekeningen van de onderneming', de N.V., 1975, 45 e.v.

A. KOHL, 'La fin d'une controverse: la loi du 24 mars 1975 modifiant l'art. 574, 2° du Code Judiciaire', J.T., 1975, 439 e.v.

A. KOHL, Noot onder Arb.Hof Luik, 8 mei 1974, J.T., 1974, 713.

J. KOKELENBERG, 'Het voorrecht van de werknemers: anders en (misschien) beter', R.W., 1977-1978, 589 e.v.

V. KORAH, 'The Fair Trading Act 1973 and the functions of the Director-General', JBL, 1973, 305 e.v.

G.E. LANGEMEIJER, 'De onafhankelijke rechter op de schopstoel', NJB, 1971, 803.

G.E. LANGEMEIJER, Inleiding tot de wijsbegeerte des rechts, 2° uitg., Zwolle, 1970.

W. de LANGEN en T.S. IJSSELMUIDEN, Inleiding tot het balanslezen, Alphen a/d Rijn, 1970.

E. LANGER, zie onder M.H. MOSBEUX-BRAHAM.

H. LAUTERPACHT, zie onder OPPENHEIM.

R.H. LAUWAARS, 'Prejudiciële beslissingen in H.G. SHCERMERS', e.a., Rechtsbescherming in de Europese Gemeenschappen, Europese monografie nr. 19, Deventer, 1975.

M.V.M. van LEEUWE - W.C.L. van der GRINTEN, Fusies van Ondernemingen, Deventer, 1970 (losbl.).

U. LEFFSON, Die Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung, Düsseldorf, 1970.

J.M. LELOUP, zie onder R. SAVATIER.

J. LEMONTEY, zie onder J. NOËL.

C. LEMPEREUR, 'La commission bancaire et les cessions privées de participations de contrôle', R.P.S., 1975, 119 e.v.

M. LEROY, 'Le contentieux de l'indemnité avant et après la loi du 3 juin 1971', Rec. Jur. Dr. Adm., 1974, 225 e.v.

H. LEVER, 'Missing the heart of the matter', The Times, 26 juli 1973, 23.

J.P. LEYTEN, 'De "Groupement d'intérêts économiques"', de N.V., 1972, 80 e.v.

LLOYD of HAMSTEAD (Lord of -), An Introduction to Jurisprudence, London, 1972.

M. VAN LOOK, zie onder H. CASMAN

N. LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, Berlin, 1969.

J.M.M. MAEIJER, 'Nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap', T.P.R., 1967, 167 e.v.

O. MALLMANN, 'Kreditauskunfteien und Datenschutz in den USA', AWD, 1973, 72 e.v.

J. MALHERBE, 'L'administration contrôlée des entreprises', in Idées Nouvelles dans le droit de la faillite, 85 e.v.

C. del MARMOL, 'Réflexions sur l'utilisation des techniques contractuelles dans la vie des affaires', in Economisch en Financieel Recht Vandaag, II, Gent, 1973, 305 e.v.

C. del MARMOL, in La déontologie des affaires et du Pouvoir, Brussel, 1973, 16 e.v.

C. del MARMOL, 'L'actionnaire et son droit à l'information', R.P.S., 1957, 1 e.v.

A. MAST, Précis de droit administratif, Gent, 1966.

Ph. MATHEI, Le dépistage des entreprises en difficultés, Rapport au séminaire du 23 avril 1975 de l'Unité de droit économique, Faculté de Droit, U.C.L., Leuven, 1975.

J. MATTHIJS, 'Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht', R.W., 1975-1976, 323 e.v.

J. MATTHIJS en G. BAETEMAN, 'Overzicht van rechtspraak, Verbintenissen', T.P.R., 1966, 123.

F. MAUSSION, zie onder Y. DUMON.

J. MEGRET, e.a., Le droit de la communauté économique européenne, Brussel, 1970- (7 delen).

R. Van MENSEL, 'Sluiting van ondernemingen', T.P.R., 1968, 323 e.v.

J. MERTENS de WILMARS, 'De rechter en het economisch recht', R.W., 1976-1977, 257 e.v.

L. MEWISSEN, Het politieonderzoek naar eenvoudige en bedrieglijke bankbreuk, Gent, 1969.

B. MICHAUX, Prévenir ou organiser les disparitions d'entreprises, Rapport voor de studiedag georganiseerd door het C.R.I.D.E. te Louvain-la-Neuve op 22 december 1976, over het beheer met bijstand.

G.K. MORSE, 'Insider Trading', JBL, 1973, 118 e.v.

R. MOK, Noot onder Hof van Justitie, 6 maart 1973, S.E.W., 1974, 541 e.v.

K. MORTELMANS, 'Belgisch en Europees recht betreffende de vestiging van ondernemingen', in Economisch en Financieel Recht Vandaag, I, Gent, 1972, 92.

M.H. MOSMEUX-BRAHAM en E. LANGER, 'Problèmes relatifs à la normalisation comptable', Rev. Banque, 1975, 1 e.v.

A. MULDER en R.A.A. DUK, Schets van het sociaal-economisch recht in Nederland, Zwolle, 1972.

J.J. NAGELKERKE, Contractweigering in het Franse en het Nederlandse recht, Deventer, 1973.

H. NEUENDORFF, Der Begriff des Interesses, Eine Studie zu den Gesellschaftstheorien von Hobbes, Smith und Marx, Frankfurt a/M, 1973.

J. NOEL en J. LEMONTEY, Rapport over het verdrag inzake faillissement, akkoord en andere gelijknamige procedures, Comm. E.G., Dir.-Gen. interne markt en harmonisatie van wetgevingen, Doc. 16.775/XIV/70N.

P. van OMMESLAGHE, Het ontwerp van wet betreffende het beheer met bijstand van wankelende bedrijven, Rede voor het 8^e Congres van de Unie consulaire rechten van België, Bergen, 7 mei 1977.

P. van OMMESLAGHE, 'Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi', noot onder Cass. 10 september 1971, R.C.J.B., 1976, 303 e.v.

P. van OMMESLAGHE, 'Les groupes de sociétés', R.P.S., 1965, 153 e.v., nr. 5280.

P. van OMMESLAGHE, zie onder J. VAN RYN.

OPPENHEIM's International Law, 8th ed. by H. LAUTERPACHT, London, 1955.

H. de PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, Brussel, 1967.

M. PAGENTSCHER - M. GRIMM, Der Konkurs, 4^e uitg., München, 1968.

E.B. PASUKANIS, La théorie générale du droit et le marxisme (vert. J.B. BROHM), Paris, 1969.

C. PAULUS, 'Economische expansie in contractuele vorm', R.W., 1972-1973, 562 e.v.

A.J. PEASLEE, Constitutions of Nations, 3^e uitg., 1968.

Ch. PERELMAN, Traité de l'argumentation, 2^e uitg., Brussel, 1970.

Ch. PERELMAN, Justice et raison, Brussel, 1963.

H.A.G. PETERS, 'Recht als vals bewustzijn, in C. KELK, e.a., Recht, macht en manipulatie, Utrecht-Antwerpen, 1976, 189 e.v.

J.M. POLAK, 'Door rechtspersonen heen kijken en toerekenen aan anderen', N.J.B., 1977, 565 e.v.

M. POLAK en N.J. POLAK, Faillissement en surséance van betaling, 1 b, 6^e uitg., Groningen, 1969.

A. PIRET, 'Examen de jurisprudence - Faillites et concordats', 1940-1950, R.C.J.B., 1951, 57 e.v.; 1951-1954, R.C.J.B., 1955, 127 e.v.; 1954-1957, R.C.J.B., 1958, 205 e.v.

R. PIRET, 'La protection des minorités d'actionnaires en droit belge', R.P.S., 1953, 156 e.v.

J. PIRON en P. DENIS, De ondernemingsraden en de comités voor veiligheid en hygiëne, Brussel, 1972.

A. PUELINCKX, 'De controle op de jaarrekeningen van vreemde vennootschappen', Rev. Banque, 1967, 604.

K. PEETERS en J. STEENBERGEN, 'Wetenschap, universiteit en democratie in een technologische samenleving', Academische Tijdingen K.U.Leuven, februari 1971, 26 e.v.

P. QUANJARD en T. BREESCH, Beschouwingen bij Wetsontwerp betreffende het beheer met bijstand, werkdocument UESIA, Antwerpen, 1976.

Ph. QUERTAINMONT, zie onder M. SOUMERYN-KESTELMONT.

G. RADBRUCH, Enführung in die Rechtswissenschaft, 12° uitg., (K. ZWIEGERT, uitg.), Stuttgart, 1969.

G. RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 6° uitg. (E. WOLF, uitg.), Stuttgart, 1963.

A. RÄDLER, Corporate Taxation in the Common Market, Amsterdam, 1970.

T. RAISER, 'Das neue Mitbestimmungsgesetz', NJW, 1976, 1337.

H. RAJAK, 'The oppression of minority shareholders', M.L.R., 35 (1972), 156 e.v.

Rapport du comité d'étude pour la réforme de l'entreprise (rapport SUDREAU), Paris, 1975.

A.Ch. RENOARD, Traité des faillites et banqueroutes, Brussel, 1851.

RAUSCHENBACH, 'Abgrenzung und neuer Inhalt des Wirtschaftsrechts', BB, 1973.

J. RAWLS, A theory of Justice, Oxford, 1972.

Ch. VAN REEPINGHEN, Verslag over de gerechtelijke hervorming, Brussel, 1964.

D.G. RICE, 'Protection of minorities against oppression under s. 206 Comp. Act 1948', 21 (1958), M.L.R., 623 e.v.

F. RIGAUX, Droit international privé, Brussel, 1968.

F. 't KINT, Le projet de loi sur la gestion assistée, rapport voor de studiedag die door het C.R.I.D.E. te Louvain-la-Neuve werd ingericht over het beheer met bijstand, op 22 december 1976.

J. KIRKPATRICK, L'imposition des revenus des sociétés belges par actions, Brussel, 1968.

J. KIRKPATRICK, 'La responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes à l'égard de chaque actionnaire en droit positif belge', R.P.S., 1963, 1 e.v.

J. KLAASSEN, 'Inflatie en de jaarrekeningen van de onderneming', de N.V., 1975, 45 e.v.

A. KOHL, 'La fin d'une controverse: la loi du 24 mars 1975 modifiant l'art. 574, 2° du Code Judiciaire', J.T., 1975, 439 e.v.

A. KOHL, Noot onder Arb.Hof Luik, 8 mei 1974, J.T., 1974, 713.

J. KOKELENBERG, 'Het voorrecht van de werknemers: anders en (misschien) beter', R.W., 1977-1978, 589 e.v.

V. KORAH, 'The Fair Trading Act 1973 and the functions of the Director-General', JBL, 1973, 305 e.v.

G.E. LANGEMEIJER, 'De onafhankelijke rechter op de schopstoel', NJB, 1971, 803.

G.E. LANGEMEIJER, Inleiding tot de wijsbegeerte des rechts, 2° uitg., Zwolle, 1970.

W. de LANGEN en T.S. IJSSELMUIDEN, Inleiding tot het balanslezen, Alphen a/d Rijn, 1970.

E. LANGER, zie onder M.H. MOSBEUX-BRAHAM.

H. LAUTERPACHT, zie onder OPPENHEIM.

R.H. LAUWAARS, 'Prejudiciële beslissingen in H.G. SHCERMERS', e.a., Rechtsbescherming in de Europese Gemeenschappen, Europese monografie nr. 19, Deventer, 1975.

M.V.M. van LEEUWE - W.C.L. van der GRINTEN, Fusies van Ondernemingen, Deventer, 1970 (losbl.).

U. LEFFSON, Die Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung, Düsseldorf, 1970.

J.M. LELOUP, zie onder R. SAVATIER.

J. LEMONTEY, zie onder J. NOËL.

R. en J. SAVATIER - J.M. LELOUP, Le droit des affaires, Paris, 1967.

O. de SAVORNIN LOHMAN, De SER fusiecode en de beurs-overval, Deventer, 1970.

P. van SCHILFGAARDE, Toerekening van rechtshandelingen, Deventer, 1969.

C. SCHMITTHOFF en J.H. THOMPSON, PALMER's Company Law, 21 st ed., London, 1968.

Y. SCHOENTJES-MERCHERS, 'La nullité de décisions d'organes de sociétés et en particulier la nullité pour violation d'un principe général', R.C.J.B., 1973, 269 e.v.

G. SCHRANS, Overzicht van het economisch financieel recht vandaag, Gent, 1972, 9 e.v.

G. SCHRANS, 'Le rôle du juge commercial en présence de problèmes économiques', B.R.H., 1970, I-417 e.v.

G. SCHRANS, Inleiding tot het Europees economisch recht, Gent, 1969.

G. SCHRANS, 'Collectieve prijshandhaving en weigering van verkoop inzake geneesmiddelen in België', S.E.W., 1967, 345 e.v.

G. SCHRANS, zie onder A. JACQUEMIN.

L. DE SCHRIJVER, 'Recht op arbeid, meer dan een prestigezaak', R.W., 1976-1977, 1346.

J. SCHWABE, 'Drittwirkung und eine Ende', NJW, 1973, 229.

G. SCHWARTZENBERGER, A manual of international law, 5° uitg., London, 1967.

L.S. SEALY, 'Company law-oppression of shareholders - dormientibus non vigilantibus', C.L.J. (1970), 215 e.v.

I. SEIDL-HOHENVELDERN, Völkerrecht, 3° uitg., Köln, 1975.

P. SIBILLE, 'Les relations d'affaires internationales et l'application de l'art. 24 C.I.R.', Rép. Fisc., 1973, 261 e.v.

H. SIEBENS, Voorraden, Brussel, 1969.

J.-C. SERNA, Le refus de contracter, Paris, 1967.

J. SHAPIRA, Le droit international des affaires, Paris, 1972.

W.J. SLAGTER, 'Een beroepsrecht voor de ondernemingsraad', T.V.V.S., 1975, 159 e.v.

W.J. SLAGTER, 'Uitgifte van aandelen bij de K.N.S.M. group N.V.', T.V.V.S., 1974, 331 e.v.

W.J. SLAGTER, 'Plaatsing van aandelen als bescherming tegen een overval', T.V.V.S., 1974, 289 e.v.

W.J. SLAGTER, Compendium van het vennootschapsrecht, Deventer, 1968.

K. SMITH en D.J. KEENAN, Essentials of mercantile law, London, 1969.

M. SOUMERYN-KESTELMONT, Ph. QUERTAINMONT, J. SALMOU, 'Les recours contre les décisions administratives en matière économique', in Actes du colloque sur la magistrature économique, Brussel, 1976, I-1 e.v.

J. STASSEN, noot onder Cass., 4 januari 1973, R.C.J.B., 1974, 339 e.v.

Statistisch Jaarboek, 1976 (vol. 96), Brussel.

J. STEENBERGEN, 'Het beleid van het Hof bij de ontwikkeling van het gemeenschapsrecht', S.E.W., 1977, 514 e.v.

J. STEENBERGEN en K. VAN HULLE, 'De Belgische regeling inzake jaarrekeningen in een Europeesrechtelijk perspectief', R.W., 1976-1977, 2103 e.v.

J. STEENBERGEN en K. VAN HULLE, 'De jaarrekening van ondernemingen', Economisch en sociaal tijdschrift, 1977, 81 e.v.

J. STEENBERGEN, 'Maatregelen voor het voorkomen van faillissementen en het behoud van ondernemingen', R.W., 1975-1976, 2309 e.v.

J. STEENBERGEN, 'Publiciteit bij emissie van effecten en een publiek beroep op de kapitaalmarkt door buitenlandse vennootschappen', R.W., 1975-1976, 821 e.v.

J. STEENBERGEN, 'De boekhouding en de jaarrekeningen van ondernemingen', R.W., 1975-1976, 757 e.v.

J. STEENBERGEN, 'Professionele vennootschappen', T.P.R., 1974, 219 e.v.

J. STEENBERGEN, zie onder W. van GERVEN, K. PEETERS en B. van de WALLE de GHELCKE.

D. STERCKX, 'La loi du 17 juillet 1975 sur la comptabilité et les comptes annuels des entreprises', Rev. Not. B., 1976, 110 e.v.

J. STEYAERT, 'Ondernemingsraad', in A.P.R., Gent, 1975.

J. STEYAERT, 'Informatie aan de ondernemingsraden', in De onderneming morgen, Economisch en Financiële Recht Vandaag, III, Gent, 1974, 79 e.v.

J. STEYAERT, 'Arbeidsovereenkomst', in A.P.R., Gent, 1973.

M. STORME, 'Maatschappelijke vooruitgang en groeiend recht', R.W., 1958-1959, 249 e.v.

J. STOUFFLET, 'L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers?', Jurisl. Pér., 1965, 11882.

J. STUYCK, Agressieve verkoopmethoden, (3 boekdelen), Leuven, 1975.

J. STUYCK, 'Misleidende reclame', T.P.R., 1976, 573 e.v.

L.P. SUETENS, 'De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter, in Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, Brussel, 1972.

L.P. SUETENS, 'Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur', T. Best., 1970, 379 e.v.

L.P. SUETENS, Administratief recht, Leuven, 1970.

G. SUETENS-BOURGEOIS, De verhouding meerderheid-minderheid in de N.V., Leuven, 1969.

L. TALLON-CHANTRAINE, 'Le secret professionnel du banquier en droit belge', J.T., 1974, 421 e.v.

M. TAQUET en C. WANTIER, 'De la licité de l'accupation de l'usine', J.T.T., 1977, 189 e.v.

J. THEUNIS, zie onder M. ALSTEENS.

A. TIMMERMANS, Les banques en Belgique, Kortrijk, 1969.

Ph. le TOURNEAU, 'Les actions des dirigeants 'initiés' des sociétés par actions', R.T.D.Comm., 1971, 593 e.v.

L. TRAAS, 'Inflation accounting', een doolhof zonder uitgang?n T.V.V.S., 1976, 60 e.v.

J.W.C. TURNER, KENNY's outlines of criminal law, 17th ed., Cambridge, 1958.

W. UITTERHOEVE, 'Aantekeningen bij het artikel van Edelman', Recht en Kritiek, 1977, 38 e.v.

C.AE. UNIKEN VENEMA, Misbruik van voorwetenschap, Deventer, 1974.

A. VAERNEWIJCK, 'Het Rekenhof', in Administratief Lexicon, Heule, 1961.

J. VALKHOFF, Inleiding tot het sociaal-economisch recht in Nederland, Groningen, 1964.

O. VANACHTER, 'De economische en financiële inlichtingen te verstrekken aan de ondernemingsraad', R.W., 1973-1974, 1263 e.v.

Ph. VANAVERMAETE, De juridische aspecten van de structuur der landbouwexploitaties in België (proefschrift), Leuven, 1975.

H. VANDENBERHE, 'Het gras tussen de straatstenen', Knack, 19 dec. 1977, 291.

R. VANDEKERKHOVE, Geschillen van bestuur, hervorming van het administratief contentieux, werknota, Brussel, 1976.

R. VANDEPUTTE, De overeenkomst, Brussel, 1977.

R. VANDEPUTTE, Handboek voor verzekeringen en verzekeringsrecht, Antwerpen, 1967.

R. VANDEPUTTE, Le statut de l'entreprise, Brussel, 1965.

C.J. VANHOUDT, Strafvordering, Gent, 1974.

F. VANISTENDAEL, 'Het Rhenandra-arrest. Wanneer zijn meerwaarden gereserveerde winsten?', in Liber Amicorum Baron J. Van Houtte, Gent, 1975, 1149 e.v.

F. VANNESTE, 'Onbehagen omtrent de eigendom', R.W., 1975-1976, 2601 e.v.

F. VANNESTE, 'Fundamenten van het recht', T.P.R., 1975, 821 e.v.

F. VAN NESTE, 'Misbruik van recht', T.P.R., 1967, 339 e.v.

J. VELDKAMP, 'De begrippen sociaalrecht, economisch recht en sociaal-economisch recht', S.E.W., 1968, 608; met noot van VerLoren van Themaat.

F. VAN DE VELDE, 'Sluiting van ondernemingen', in R. BLANPAIN, Arbeidsrecht, II-23 (losbl.).

S. VENTURA; zie onder R.-C. BERAUD.

P. VERGOTE, 'Factoring', in Economisch en Financiële Recht Vandaag, II, Gent, 1974.

P. VERLOREN VAN THEMAAT, 'Bedrijfs- en sociaal-economisch recht als probleemgebied', NJB, 1975, 161 e.v.

P. VERLOREN VAN THEMAAT, 'Arbeidsrecht en economisch recht: een tussenoordeel in de vorm van een drieluik', in Recht als instrument van behoud en verandering, opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. van der Ven, Deventer, 1972.

P. VERLOREN VAN THEMAAT, zie onder P.J.G. KAPTEYN en J. VELDKAMP.

I. VEROUGSTRAETE, 'Niet betalen en wankelen van krediet', B.R.H., 1975, II-455.

B. VERSTRAETE, La réforme du code des impôts sur les revenus, Brussel, 1974.

Th. VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz, 5° uitg., München, 1974.

J. VAN VLIET, 'Het recht van enquête en werknemersbelangen', A.Ae., 1976, 1 e.v.

Th. VOGELAAR, 'The guidelines in practice', OECD Observer, nr. 86, 7 e.v.

P. DE VROEDE, 'Onderzoek van de bestaande projecten', in Actes du colloque sur la magistrature économique (A. JACQUEMIN en G. SCHRANS), 1976, IV-5-1.

H.W.R. WADE, Administrative Law, 3° uitg., Oxford, 1971.

B. van de WALLE de GHELCKE en J. STEENBERGEN, 'Bevoegdheid van de rechtbank van koophandel inzake faillissement: de wet van 24 maart 1975 tot wijziging van art. 574, 2° Ger.W.', R.W., 1975-1976, 939.

C. WANTIER, zie onder M. TAQUET.

K.W. WEDDERBURN, 'Company Law, oppression of minority', Cambr.L.J. 17 (1959), 37.

K.W. WEDDERBURN, 'Company Law, oppression of minority', Cambr.L.J. 16 (1958), 152 e.v.

K.W. WEDDERBURN, 'Shareholders' rights and the rule in Foss v. Harbottle', Cambr.L.J. (1957), 194 e.v. en (1958), 93 e.v.

H. WELZEL, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit

M. WESER, 'La convention communautaire sur la compétence et l'exécution des décisions, rééalise-t-elle la libre circulation des jugements dans le Marché Commun?', J.T., 1973, 230.

WILBERFORCE (Lord), A. CAMPBELLE en N. ELLES, The law of restrictive trade practices and monopolies, London, 1966.

M.R. WILL, 'Anlegerschutz durch Insiderhandels-Richtlinien?', NJW, 1973, 645 e.v.

M.R. WILL, zie onder K.J. HOPT.

G. WILLIAMS, Criminal law, 2° ed., London, 1961.

J. WILMART, 'La responsabilité des dirigeants et cadres d'entreprises au regard du droit pénal commercial, économique et financier', R.D.P., 1968-1969, 519 e.v.

J.A. WINTER i.s.m. H.J. BRINKHORST, 'Steunmaatregelen in het EEG-Verdrag', S.E.W., 1973, 657 e.v.

A. WOLF, 'Das Ausführungsgesetz an dem EWG-Gerichtstands- und Vollstreckungsübereinkommen', NJW, 1973, 397.

G. WOODCOCK, Anarchism, London, 1963.

E. WYMEERSCH, 'De bankcommissie en de openbare uitgifte van effecten', in Economisch en Financiële Recht Van-daag, I, Gent, 1972.

H.C. WYTZES, 'Ondernemingsdoel en winst', T.V.V.S., 1968, 1 e.v.

A. ZENNER, 'Nouveaux développements de la responsabilité du dispensateur de crédit', J.T., 1977, 53 e.v.

A. ZENNER, 'La responsabilité du donneur de crédit', Rev. Banque, 1974, 707 e.v.

X., Insider trading, de N.V., 1974, 15 e.v.

X., Belgium's disclosure of information law: first appraisal, European Industrial Relations Review, 2 e.v.

UITGEWERKTE INHOUDSTAFEL

Nrs.Band 1

Dankwoord	
Beknopte inhoudstafel	
Lijst van afkortingen	
Inleiding	1-7
INLEIDEND HOOFDSTUK	
Afdeling I: Rechtsbescherming, een begrips- benadering	8-42
§ 1: Procedurale rechtsbescherming	10-11
§ 2: Materiële rechtsbescherming	12-42
1) de fundamentele kenmerken van een rechtssysteem	13-19
2) van wie de aanspraken beschermd moeten worden	20-26
3) welke aanspraken beschermd moeten worden	27-42
a) rechten	30
b) waarden	31-32
c) belangen	33-42
Afdeling II: De studie van de rechtsbescherming bij ondernemingen in moeilijkheden in het economisch recht	43-128
§ 1: Een begripsomschrijving van het economisch recht	43-74
1) indeling van de gangbare definities	43
a) definities van het economisch recht als rechtstak	43
b) definities van het economisch recht als methode	43
2) economisch recht als rechtstak of als methode?	44-48
3) een ruime of een beperkte definitie	49-51
4) afbakening van het economisch recht als rechtstak	52-71
a) economisch recht en economische activiteiten van particulieren	58-61
b) economisch recht en economische activiteiten van de overheid	62-71
5) besluit	72-74
§ 2: Het faillissementsrecht in het economisch recht	75-111
A. Het faillissementsrecht	75-77
B. Het faillissementsrecht en de voorgestelde definitie van het economisch recht	78-80
C. De beperking van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht tot handelaars	81-111
1) de huidige regeling in het Wetboek van Koophandel	81-82
2) het ontwerp E.E.G.-Verdrag	83-86
3) argumenten voor het uitbreiden van het toepassingsgebied van het faillissement tot niet-handelaars	87-107
a) de behoefte aan harmonisatie van het Europees faillissementsrecht	87-90
b) het aantal betrokkenen	91
c) het ontbreken van een adequate regeling tegenover niet-handelaars	92-103

Nrs.

d) gevolgen van het ontbreken van een adequate regeling tegenover niet-handelaars	104
e) moeilijkheden bij het afbakenen van het toepassingsgebied van het faillissementsrecht	105-107
4) Besluit	108-111
§ 3: De studie van de rechtsbescherming bij ondernemingen in moeilijkheden	112-128
A. De betrokken belangengroepen	112-116
B. Indeling van het economisch recht voor het bestuderen van de rechtsbescherming bij ondernemingen in moeilijkheden	117-128
1) indelingscriteria	117-120
2) eerste faze	121
3) tweede faze	122-123
4) derde faze	124-127
5) vierde faze	128
HOOFDSTUK I:	
INFORMATIE OVER DE FINANCIËLE TOESTAND VAN ONDERNEMINGEN	129-377
Afdeling I: Informatie over de rechtsvorm van ondernemingen	135-143
Afdeling II: De Jaarrekeningen	144-257
§ 1: Objectieven bij het opstellen van jaarrekeningen	144-154
§ 2: Ondernemingen die gehouden zijn tot het publiceren en opstellen van jaarrekeningen	155-163
1) ondernemingen die gehouden zijn tot het publiceren van jaarrekeningen	155-160
2) ondernemingen die gehouden zijn tot het opstellen van jaarrekeningen	161-163
§ 3: In de jaarrekeningen te vermelden gegevens	164-201
A. Belgisch recht	164-186
1) vorm en inhoud van de jaarrekening	170-173
2) vorm en inhoud van de gepubliceerde jaarrekeningen. Algemene regeling.	174
3) vorm en inhoud van de gepubliceerde jaarrekeningen. Bijzondere regeling voor middelgrote ondernemingen	175-176
4) de bijzondere regeling voor vennootschappen in vereffening	177
5) waarderingsregels	178
B. Het voorstel voor een vierde richtlijn van de E.G.	187-197
1) inzake het toepassingsgebied	189
2) inzake de inhoud en de vorm van de jaarrekeningen	190-193
3) inzake het jaaroverzicht	194
4) inzake de vereenvoudigde regeling	195
5) inzake de waarderingsregels	196-197
C. Het voorstel voor een zevende richtlijn van de E.G.	198-199
D. OESO gedragscode voor multinationale ondernemingen	200
E. Besluit	201
§ 4: Verspreiding van de jaarrekeningen	202-207
A. Aandeelhouders	202-203

B. Werknemers	
C. Geïnteresseerden die geen deel uitmaken van de onderneming	204-207
§ 5: Rechtsmiddelen tot het afdwingen van de regeling inzake jaarrekeningen	208-257
A. Controle op de jaarrekeningen voor de openbaarmaking	211-224
1) organisatie van de controle	211-223
a) controle door de algemene vergadering en door het orgaan van toezicht	211
b) ondernemingen waarin commissarissen moeten worden benoemd	212-214
c) benoemingsvoorwaarden en -procedure voor commissarissen	215-217
d) bevoegdheid van de commissarissen	218-219
e) effectiviteit van het toezicht door de commissarissen	220-223
2) rechtsmiddelen betreffende de controle vóór de publicatie	224
B. Betreffende de openbaarmaking	225-237
1) tegenover de vennootschap	225-229
2) tegenover de beheerders of zaakvoerders	230-235
3) tegenover de ambtenaren	236
4) eventuele samenhang bij het instellen van verschillende van de vermelde vorderingen	237
C. Betreffende de inhoud van de jaarrekeningen	238-257
1) wanneer jaarrekeningen met bedrieglijk opzet opgesteld of gebruikt worden	238-244
2) wanneer de voorgeschreven vermeldingen niet worden opgenomen	245-251
a) wanneer strafbepalingen van toepassing zijn	246-248
b) wanneer geen strafbepalingen van toepassing zijn	249-251
- tegenover de vennootschap	250
- tegenover de beheerders, commissarissen en de algemene vergadering	251
3) bij onjuiste of misleidende vermeldingen	252-257
Afdeling III: Informatie van de werknemers	258-268
§ 1: De objectieven van de regeling	258-259
§ 2: De betrokken ondernemingen	260-262
§ 3: De te verstrekken inlichtingen	263-266
§ 4: Rechtsmiddelen tot het afdwingen van de besproken bepalingen	267-268
Afdeling IV: Inlichtingen verstrekt door financiële instellingen	269-284
A. Het bankgeheim	269
B. Beperkingen van het bankgeheim	270-274
C. Rechtsmiddelen ter bescherming van het evenwicht	275-284
1) voor het afdwingen van het bankgeheim	275-279
2) bij een opdracht voor het verstrekken van inlichtingen	280
3) bij het verlenen van onjuiste inlichtingen	281-284
Afdeling V: Publiciteit inzake voorrechten en hypotheken	285-335
§ 1: Voorrechten op roerende goederen	287-318

Nrs.

§ 2: Voorrechten en hypothecken op de onroerende goederen	319-326
A. Onroerende voorrechten die zonder publiciteit worden behouden	321-323
B. Publiciteitsvoorschriften voor de andere onroerende voorrechten en hypothecken	324-326
§ 3: Schuldvorderingen die bevoorrecht zijn op goederen in het buitenland en in het buitenland gevestigde voorrechten	327-333
1) tegenstelbaarheid in het land waar het faillissement wordt uitgesproken van voorrechten op goederen in het buitenland	328-330
2) tegenstelbaarheid in het land waar het faillissement wordt uitgesproken van in het buitenland gevestigde voorrechten	331
3) tegenstelbaarheid in het land waar de goederen gelegen zijn van een in het buitenland uitgesproken faillissement en de daar gevestigde voorrechten	332-333
§ 4: Rechtsmiddelen tot het afdwingen van de besproken bepalingen	334-335
Afdeling VI: Publiciteit voor niet-bevoorrechte schuldvorderingen	336
Afdeling VII: Informatie over betalingsmoeilijkheden	337-342
1) georganiseerde en voor iedereen toegankelijke bronnen	338
2) toevallige inlichtingen	339-342
Afdeling VIII: Sectoren waarvoor een bijzondere regeling geldt	343
Afdeling IX: Beoordeling van de informatieverstrekking over de financiële toestand van ondernemingen	344-377
A. De te verstrekken gegevens	344-364
1) informatie van de groepen die deel uitmaken van de onderneming	344-349
a) de aandeelhouders	345
b) werknemers	346
2) informatie aan alle belanghebbenden	350-362
a) de jaarrekeningen	350-355
b) informatie over de bevoorrechte schuldvorderingen	356-360
c) informatie over betalingsmoeilijkheden	361-362
3) informatie van de bevoegde (gerechtelijke) autoriteiten	363-364
B. Toegankelijkheid van de te verstrekken gegevens	365-376
1) voor de groepen die deel uitmaken van de onderneming	365
2) voor alle belanghebbenden	366-375
3) voor de rechtbank van koophandel	376
C. Rechtsmiddelen om naleving te bekomen van de besproken bepalingen	377

HOOFDSTUK II:

RECHTSMIDDELEN WAAROVER BELANGHEBBENDEN

INDIVIDUEEL OF ALS BELANGENGROEP BESCHIKKEN

378-673

Afdeling I: Rechtsmiddelen waarover de aandeel-
houders beschikken

381-508

§ 1: Overdracht van aandelen

384-425

A. Misbruik van voorwetenschap in het
Belgisch recht

386-399

a) de Bankcommissie

386-387

b) art. 203 Vennootschapswet

388-389

c) contractuele aansprakelijkheid en rechts-
kracht van de overdracht tegenover de
overnemer

390-393

d) aansprakelijkheid wegens onrechtmatige
daad tegenover de overnemer

394

e) aansprakelijkheid van de verkoper
tegenover de vennootschap

395

f) aansprakelijkheid van de vennootschap
tegenover de overnemers

396

g) beoordeling van de rechtsmiddelen in
het Belgisch recht

397-399

B. Misbruik van voorwetenschap in het
communautair recht

400-404

C. Misbruik van voorwetenschap in het recht
van sommige E.E.G. lid-Staten

405-411

a) het Engelse recht: insider dealings
of trading

405-407

b) het Franse recht: actions des initiés

408-409

c) het Duitse recht: insiderhandel

410

d) het Nederlandse recht: misbruik van
voorwetenschap

411

D. Besluit

412-425

1) publiciteitsregeling

413-417

2) aansprakelijkheidsregeling

418-424

a) van de insider tegenover de vennootschap

419-420

b) van de insider tegenover de benadeelde
contractpartner

421-423

c) van de vennootschap tegenover de
benadeelde

424

3) strafrechtelijke beteugeling

425

§ 2: Beïnvloeden van het ondernemingsbeleid

426-508

A. De bevoegdheden van de algemene vergadering

427-428

B. Bescherming van minderheidsaandeelhouders

429-465

1) in het Belgisch recht

430-440

a) bijzondere meerderheden

430-432

b) andere rechtsmiddelen

433-436

c) vernietigen van beslissingen van de
algemene vergadering

437-439

d) voorgenomen wijzigingen van het
Belgisch vennootschapsrecht

440

2) het communautair vennootschapsrecht

441-450

a) bijzondere meerderheden

442-443

b) aanmelding bij het Hof van Justitie

444

c) enquêterecht

445-448

d) actio mandati

449

e) voorkeurrecht

450

	<u>Nrs.</u>
3) buitenlandse regelingen	451-465
a) Engels recht	452-463
- algemene beginselen en 'fraud on the minority' doctrine	452-457
- beslissingen waartegen een beroep bij de rechter open staat	458
- de vordering tot ontbinding	459
- de alternative remedy	460
- het enquêterecht	461
b) het Franse recht	464
c) het Italiaanse recht	465
C. Concernrechtelijke bepalingen	466-487
1) de begrippen concern, geassocieerde- of afhankelijke onderneming	467-477
a) in het Belgisch recht	467-471
b) het communautair recht	472-474
c) andere internationaalrechtelijke teksten en gedragscodes	475
d) het recht van sommige E.G. lid-Statens	476-477
2) bescherming van aandeelhouders in concernverhoudingen	478-487
a) het Belgisch recht	479-480
b) het communautair recht	481-483
c) het recht van sommige E.G. lid-Statens	484-487
D. Besluit	488-508
1) bescherming van minderheidsaandeelhouders materiële rechtelijke bepalingen	489-500
a) bescherming bij de besluitvorming	489-491
b) bescherming tegen genomen besluiten	492-500
- het enquêterecht	493-495
- de actio mandati	496
- de actio socii	497
2) concernrechtelijke aspecten	501-504
a) de omschrijving van het concernbegrip	501
b) bescherming van de minderheid in concernverhoudingen	502-504
3) procedurale aspecten	505-508
Afdeling II: Rechtsmiddelen waarover de werknemers beschikken	509-525
§ 1: Ontslagname in de bedreigde onderneming	510-511
§ 2: Beïnvloeden van het ondernemingsbeleid	512-525
1) actiemiddelen van de werknemers	512-513
2) invloed van deze rechtsmiddelen op het belangenevenwicht	514-518
3) besluit	518-525
- een werknemersvordering	519-522
- het enquêterecht	523
- vertegenwoordiging van de werknemers in een faillissementsprocedure	524
- aansprakelijkheid van de werknemers	525
Afdeling III: Rechtsmiddelen waarover schuldeisers beschikken	526-592
§ 1: Beëindigen van de contractuele banden met een dubieuze debiteur	527-542
A. Ontbinding of opschorting van contracten	528-539
1) rechtsmiddelen om de schorsing van overeenkomsten te vragen	531
2) rechtsmiddelen om de ontbinding van overeenkomsten te bekomen	532-534

	Nrs.
a) stilzwijgend ontbindendbeding	532-533
b) uitdrukkelijk ontbindend beding	534
3) sluiten van overeenkomsten onder opschortende voorwaarde	535
4) beperken van de tegenstelbaarheid van ontbindende bedingen en clausules van eigendomsvoorbehoud tot de periode vóór het uitspreken van een faillissement	536-538
5) retentierecht - revindicatie mogelijkheden	539
B. Overdracht van vorderingen	540-542
§ 2: Beschermen van vorderingen	543-556
A. Dwanguitvoering	543-548
1) modaliteiten voor een dwanguitvoering en de invloed ervan op de rechtsbescherming	543-545
2) gevolgen van het uitspreken van een faillissement op een dwanguitvoeringsprocedure	546-548
B. Voorrechten en hypotheken	549-551
1) invloed op de rechtsbescherming	549-550
2) de gevolgen van het uitspreken van een faillissement op de tegenstelbaarheid van voorrechten en hypotheken	551
C. Borgstelling en verzekering	552
D. Het bewarend beslag	553-554
1) de invloed van het bewarend beslag en het bewarend beslag onder derden op de rechtsbescherming	553
2) de gevolgen van het uitspreken van een faillissement op een procedure inzake bewarend beslag	554
E. De actio pauliana en de zijdelingse vordering	555-556
1) de invloed van deze vorderingen op de rechtsbescherming	555
2) de gevolgen van het uitspreken van een faillissement voor een actio pauliana of zijdelingse vordering	556
§ 3: Beïnvloeden van het beleid van de debiteur	557-592
A. Onverantwoord verlenen van krediet	558-577
1) de invloed op de rechtsbescherming	558
2) rechtsmiddelen waarover belanghebbenden beschikken tegenover een debiteur die een onverantwoord krediet verkrijgt	559-563
3) rechtsmiddelen waarover belanghebbenden beschikken tegenover kredietverleners die onverantwoord krediet verlenen	564
a) art. 445 e.v. Wetboek van Koophandel	565-570
b) de aansprakelijkheid van de kredietverlener	571-576
c) de aansprakelijkheid van de overheid als kredietverlener	577
B. Vroegtijdig stopzetten van kredietverlening	578-592
1) invloed op de rechtsbescherming	578-580
2) rechtsmiddelen waarover de belanghebbenden beschikken bij vroegtijdig stopzetten van de kredietverlening	581-592

a) wanneer het stopzetten van de kredietverlening door één schuldeiser leidt tot een algeheel stopzetten van de kredietverlening	581
b) wanneer een voortzetten van de bedrijfsactiviteit onmogelijk wordt gemaakt omdat één schuldeiser de kredietverlening stopzet, waarbij hij contractbreuk pleegt	582-584
c) wanneer het voortzetten van de bedrijfsactiviteit onmogelijk wordt gemaakt wegens het stopzetten van kredietverlening door één schuldeiser, zonder dat hij daarbij contractbreuk pleegt	585-592
C. Rechtstreeks aanvechten van het beleid van de debiteur	593-597
1) naar Belgisch recht	594-596
2) communautairrechtelijke voorstellen	597
Afdeling IV: Overheidssteun aan ondernemingen in moeilijkheden	593'-654
§ 1: De plaats van de overheidssteun in het faillissementsrecht	593'-598
§ 2: Instrumenten waarover de staat beschikt	599-616
A. Juridische grondslag	600
1) de wet van 17 juli 1959	600-603
2) de wet van 30 december 1970	604-606
3) de wet van 24 mei 1959	607-608
4) algemene volmachten in de wet houdende de begroting van het ministerie van economische zaken	609
5) dienst van de knipperlichten	610
B. Budgettaire middelen	611
C. Samenvatting en grenzen van de aanwendbaarheid van de beschikbare middelen	612-613
1) internrechtelijke grenzen	614
2) Europeesrechtelijke grenzen	615-616
§ 3: De rechtsbescherming inzake overheidssteun	617-649
A. Van de onderneming in moeilijkheden die steun ontving	617-634
1) gevallen waarin de onderneming schade kan lijden	618-620
2) kwalificatie van de beslissing waarin steun wordt verleend	621-624
3) rechtsbescherming bij steunverlening op grond van een eenzijdige overheidsbeslissing	625-633
a) aanvechten van overheidsbeslissingen voor de Raad van State	625-627
b) overheidsaansprakelijkheid op grond van art. 1382 B.W.	628-629
c) rechtstreeks aanvechten van overheids-handelingen voor de burgerlijke rechter	630-633
4) rechtsbescherming bij steunverlening op grond van een overeenkomst	634
B. Van andere partijen die belangen hebben in een onderneming in moeilijkheden die al dan niet steun ontving	635

Nrs.

C. Van andere ondernemingen die geen steun ontvingen	636-639
1) steun die in een eenzijdige overheids-handeling wordt toegezegd	637
2) steun verleend op grond van een contract	638-639
D. Van ondernemingen waarvan de concurrentie-positie door de steun aan een onderneming in moeilijkheden wordt vervalst	640-648
1) publiciteit	640
2) steun verleend in een eenzijdige overheidshandeling	641
3) steun verleend op grond van een contract	642-643
4) rechtsmiddelen ontleend aan het Europees recht	644-648
a) in het kader van de in nrs. 641 en 642 besproken procedures	644-647
b) buiten de in de nrs. 640 en 641 besproken procedures	648
E. Van de financierende gemeenschap	649
§ 4: Besluit	650-654
Afdeling V: Globale beoordeling van de rechts-middelen waarover de belanghebbenden individueel beschikken	654-673
1) belangenconflicten bij een ontbinden, schorsen of overdragen van verbintenissen	654-658
a) ontbinden en schorsen van verbintenissen	654-655
b) overdracht van verbintenissen	656-657
c) effectiviteit van deze rechtsmiddelen en hun invloed op de bescherming van een belangenevenwicht	658
2) belangenconflicten bij een beïnvloeden van het beleid van de onderneming	659-665
a) tussen aandeelhouders, of aandeelhouders en andere groepen	660-661
b) tussen schuldeisers, of schuldeisers en andere groepen	662-663
c) tussen werknemers, of werknemers en andere groepen	664
d) met de overheid	665
3) belangenconflicten bij het beschermen van vorderingen	666-668
4) bevoegdheidsproblemen	669-672
a) inzake de arbeidsrechtbanken	670-671
b) inzake de beslagrechter	672
5) globale beoordeling van de effectiviteit van deze rechtsmiddelen	673

Band 3

HOOFDSTUK III:

COLLECTIEVE PROCEDURES

674-680

Afdeling I: Overzicht van de te bespreken Probleemgroepen

674

A. Opsporen van ondernemingen in moeilijkheden

674

B. Beslechten van belangenconflicten bij nog solvabele ondernemingen

675-678

1) Rechtsmiddelen die alleen door de rechter kunnen worden toegestaan

676

2) situaties waarin om de gerezen belangenconflicten te beslechten de mogelijkheid

.../...

geboden dient te worden om het beleid ten minste ten dele aan de ondernemingsleiding te onttrekken om de onderlinge posities van de betrokken groepen ingrijpend te kunnen wijzigen	677-678
C. Beslechten van belangenconflicten bij insolvable ondernemingen	679
D. Maatregelen die zonder instemming van de schuldeisers genomen moeten kunnen worden	680
Afdeling II: Opsporen van ondernemingen in moeilijkheden	681-689
§ 1: Depistagediensten bij de rechtbank van koophandel	685-691
A. Informatie van de rechtbank van koophandel	685
B. Timing van de interventies van de dienst	686-688
1) het openen van een dossier	686
2) het ogenblik waarop de dienst actief optreedt	687-688
C. Actiemiddelen van de diensten	689
D. Besluit	690-691
§ 2: Opsporing en onderzoek van bankbreuk	692-695
§ 3: Het ministerie van economische zaken	696-698
§ 4: Besluit	699
Afdeling III: Faillissementsrechtelijke procedures	700-794
§ 1: Het toepassingsgebied van het faillissement en het gerechtelijk akkoord	703-706
A. Het faillissement	704-705
B. Het gerechtelijk akkoord	706
§ 2: Het collectief karakter van het faillissement en het gerechtelijk akkoord	707-719
A. Wanneer is een procedure collectief?	707
B. Het faillissement	708-709
1) ten aanzien van de onderneming-debiteur	710-714
a) de gefailleerde dient gehoord te worden bij het uitspreken van een faillissement	711-712
b) de gefailleerde dient zelf voorstellen te kunnen formuleren voor het afwikkelen van de procedure	713
c) de gefailleerde mag in zijn belangen niet meer geschaad worden dan noodzakelijk is voor het voldoen van de door hem aangegane verbintenissen	713-714
2) ten aanzien van de aandeelhouders	715
3) ten aanzien van de werknemers	716
4) ten aanzien van de schuldeisers	717
5) ten aanzien van het algemeen belang	718
C. Het gerechtelijk akkoord	719
§ 3: De aard van de te nemen maatregelen	720-749
A. Het faillissement	721-744
1) onderzoek van de vorderingen	721-722
2) de omvang van het verhaalsobject van de schuldeisers	723-738
a) medeschuldnaars	724-725
b) onbeperkt aansprakelijke vennoten	726
c) vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid: aansprakelijkheid van organen of aangestelden	727

Nrs.

d) vennootschappen met volkomen rechts- persoonlijkheid: doorbreken van rechtspersoonlijkheid	728-730
e) de universaliteit van het faillissement	731-735
- naar geldend intern recht	731-732
- multinationale conventies en gedragscodes	733-735
f) de grenzen van het verhaalsobject	736-738
3) het onttrekken van het beleid van de onderneming aan de gefailleerde	739
4) mogelijkheden om de onderneming te hand- haven, of althans in zo voordelig mogelijke omstandigheden te vereffenen	740-744
B. Het gerechtelijk akkoord	745-749
§ 4: Sancties in faillissementsrechtelijke procedures	750-760
A. Het faillissement	752-754
B. Bankbreuk en bedrieglijke bankbreuk	755-760
§ 5: Maatregelen die zonder instemming van de schuldeisers genomen moeten kunnen worden - het beheer met bijstand	761-780
A. Toepassingsgebied	762-765
B. Het collectief karakter van de procedure	766-775
1) ten aanzien van de onderneming in moeilijkheden	768-770
2) ten aanzien van de aandeelhouders	771
3) ten aanzien van de werknemers	772-773
4) ten aanzien van de schuldeisers	774
5) ten aanzien van het algemeen belang	775
C. De aard van de te nemen maatregelen	776-780
1) het onderzoek van de vorderingen	776
2) de omvang van het verhaalsobject	777
3) het onttrekken van het beheer aan de ondernemingsleiding	778
4) de mogelijkheden om de onderneming te handhaven	779
5) sancties	780
§ 6: Besluit	781-794
A. Suggesties voor verbeteringen die aan de bestaande of ontworpen procedures kunnen worden aangebracht	782-785
1) betreffende de depistage en het faillissement	782
2) betreffende het gerechtelijk akkoord	783
3) betreffende bankbreuk en bedrieglijke bankbreuk	784
4) betreffende het beheer met bijstand	785
B. Suggesties betreffende de globale opbouw van het faillissementsrecht	786-794
1) de verschillende stadia in de rechts- bescherming bij ondernemingen in moeilijkheden	786-789
2) het faillissement en het gerechtelijk akkoord. Een pleidooi voor een vernieuwd gerechtelijk akkoord	790-794
3) een pleidooi voor een vernieuwd faillissement	795-796

BESLUIT

Nrs.
795'-804

- 1) de rechtsbescherming bij ondernemingen
in moeilijkheden
 - 2) de globale organisatie van de rechtsbe-
scherming in het economisch recht
 - a) het economisch recht en de strafrechter
 - b) het economisch recht en de administra-
tieve rechter
 - 3) de globale opbouw van het economisch recht
- bibliografie
uitgewerkte inhoudstafel

796'-798

799-803

800-801

802-803

804